

Juridiska Institutionen

Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Programmet för Juris Kandidatexamen

Tillämpade studier, 20 p.

Vårterminen 2003

## EU:s bolagsrättsliga utveckling

– en analys kring Unionens framtid och EG-domstolens roll vid vägvalet mellan  
inkorporations- respektive sätesprincipen

Författare: Erika Andersson

Handledare och examinator: Tf. Professor Rolf Dotevall

## Innehållsförteckning

<b>1</b>	<b>Inledning</b>	<b>4</b>
1.1	Syfte, frågeställningar och avgränsningar	5
1.2	Metod	7
1.3	Disposition	8
<b>2</b>	<b>Sätes- och inkorporationsprincipen</b>	<b>9</b>
<b>3</b>	<b>Rättspraxis från EG-domstolen</b>	<b>13</b>
3.1	Daily Mail domen	13
3.2	Centros domen	15
3.2.1	Sammanfattning av Centros domen	19
3.2.2	Tankar kring Centros domen	19
3.3	Überseering domen	20
3.3.1	Sammanfattning av Überseering domen	24
3.3.2	Tankar kring Überseering domen	24
<b>4</b>	<b>Regleringskonkurrens</b>	<b>28</b>
4.1	Delaware-effekten	32
<b>5</b>	<b>EG-domstolens roll och Unionens framtid</b>	<b>34</b>
5.1	Harmonisering eller inte? – EG-rättens bolagsrättsliga utveckling	39
5.1.1	Artikel 5 EG-fördraget: Subsidiaritetsprincipen	41
5.2	Rådets fjortonde bolagsdirektiv	44
5.2.1	Nationalitetsskiftets genomförande enligt det fjortonde bolagsdirektivet	46
<b>6</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>48</b>
6.1	Slutsatser och egna kommentarer	52
<b>7</b>	<b>Källförteckning</b>	<b>58</b>

**Förkortningar**

DKR	Danska Kronor (valuta)
EU	Europeiska Unionen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	Europeiska Gemenskapens Fördrag
UKL	United Kingdom Pound (valuta)
USA	United States of America
WTO	World Trade Organization

## 1 Inledning

USA har under modern tid varit något av ett föregångsland för Europa. De Förenta Staterna har passerat de europeiska länderna vad gäller inflytande över världen och anses i många avseenden vara det stora landet. Europa är inte längre den givna förebilden för världens nationer och vänder sig i som så mycket annat även till USA för inspiration för lagstiftning. EU utvecklas mer och mer i samma riktning som USA på olika rättsområden.

För mindre än ett år sedan avkunnades dom i målet *Überseering* av EG-domstolen, som tillsammans med sin föregångare *Centros* domen hoppades bringa klarhet i problematiken kring nationalitetsskiften för bolag med bevarad identitet inom den Europeiska Unionen. Båda rättsfallen har väckt stor uppmärksamhet, kanske framförallt *Centros* domen, i den europeiska debatten. Många hävdar att *Centros* och *Überseering* mer eller mindre undanröjer en effektiv användning av sätesprincipen, vilken tar sin utgångspunkt i var ett bolags säte är beläget för att fastställa under vilken rättsordning bolaget skall lyda under. Vissa konsekvenser av sätesprincipen har fastställts av EG-domstolen som icke-kompatibla med etableringsrätten i EG-fördraget. Det blir därmed i praktiken ett större utrymme för inkorporationsprincipen att expandera i användning. Inkorporationsprincipen är samtidigt samma princip som används av delstaterna i USA.

Bakgrunden till rättsfallens domar är att tolkningsbesked har begärts från EG-domstolen där otydligheter i EG-fördraget skall bringas klarhet i. Syftet är därmed klart, men finns det något motiv bakom domarna? Motiven kan antingen vara ekonomiska eller politiska, menar jag. Av ekonomiska skäl kan domstolen ha vägt över för ett alternativ som de ansett vara det mest gynnsamma för de europeiska bolagen, medan den av politiska orsaker kan ha gjort avvägningar som ett led i en större målsättning. Kanske är domarna ett led i en undanröjning av hindren för en europeisk federal stat? De politiska institutionerna inom EU har inte kunnat nå fram till ett gemensamt förslag i det Europeiska Framtidskonventet, som nu pågår. Det finns röster som anser att EG-domstolen ibland kliver fram och fattar beslut i de politiska institutionernas ställe, genom sin tolkning av EG-fördraget.

Att ifrågasätta EG-domstolens självständighet är allvarligt, men finns det ens ett uns av sanning i påståendena, är detta ett oerhört bakslag för de europeiska grundvärdena om demokrati.

## **1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsningar**

I kapitlet angående etableringsrätt inom den Europeiska Unionen anges i artiklarna 43 och 48 i det Europeiska Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen att inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium skall förbjudas. Bolag skall kunna utöva verksamhet på samma villkor som etableringslandet föreskriver för egna medborgare. Etableringsfriheten omfattar rätten att starta och utöva verksamhet, även vad gäller upprättandet av kontor, filialer eller dotterbolag. Rätten tillkommer bolag som bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning.

I denna uppsats har jag valt att fokusera på de senaste rättsfallen från EG-domstolen som tar upp etableringsfriheten inom den Europeiska Unionen, med hänvisning till dessa två artiklar. Det finns andra artiklar som också kan vara intressanta för etableringsrätten inom Unionen, men jag har valt att lägga tyngdpunkten på domarna i målen Centros och Überseering, vilka berör just artiklarna 43 och 48. Artikeltexterna ligger till grund för de domar från EG-domstolen som denna uppsats baseras på.

Domen i målet Überseering<sup>1</sup> kom den 5 november år 2002 och menas vara slutpunkten för en lång debatt som förts om innebörden av bl.a. avgörandena i målen Daily Mail<sup>2</sup> och Centros<sup>3</sup>. Frågan har varit om konsekvenserna av sätesprincipens tillämpning är förenliga med EG-rätten, en fråga som dock länge förts i enskilda medlemsstater i den Europeiska Unionen. Åsikterna är många inom området för sätes- respektive inkorporationsprincipen och går ofta isär.

Mitt syfte med uppsatsen är att beskriva de kolliderande intressena mellan sätes- och inkorporationsprincipen, samt vad detta för med sig i den europeiska bolagsrättens utveckling. Jag har för avsikt att utreda innebörden av aktiebolags fördragsstadgade etableringsrätt samt huruvida denna har ändrats i och med avkunnandet av domen Überseering. Jag vill även visa på hur harmoniseringsarbetet fortskrider inom områden som just nationalitetsskiften för bolag, där det medföljer en betydande problematik genom att olika principer för hur

---

<sup>1</sup> C-208/00 Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)

<sup>2</sup> 81/87 (Daily Mail) The Queen v. H.M. Treasury

rättordningstillhörighet bestäms för ett bolag används i olika medlemsstater. Samtidigt finns en viss osäkerhet kring det fortsatta harmoniseringsarbetet i Unionen i och med att många direktiv ännu ligger kvar som förslag. Det är viktigt att se vilka problem vi ställs inför och att vi är medvetna om de eventuellt följande konsekvenserna.

De frågeställningar som skall undersökas i uppsatsen är:

- Vad är innebörden av den fördragsstadgade etableringsrätten och har den ändrats i och med avkunnandet av domen i *Überseering* målet? Om en sådan förändring skett, hur har rättsläget i så fall förändrats i förhållande till *Centros* domen?
- Är EU i riskzonen för att hamna i en situation likt den i USA, med en s.k. Delaware-effekt<sup>4</sup>? Är regleringskonkurrens alltid ett negativt fenomen eller kan det istället bidra till att utvecklingen går framåt vad gäller den europeiska bolagsrättens område?
- Hur ser kommande harmoniseringsarbete ut inom EU på bolagsrättens område avseende anknytningsmoment och nationalitetsskiften för bolag? Hur kan en framtidsutsikt se ut vad gäller EU som organisation?

Vad som inte tas upp i min uppsats, men som i sig kan vara en intressant fråga, är en utförlig utredning av i vilken utsträckning konsekvenserna av sätesprincipens tillämpning utgör en inskränkning av etableringsrätten eller inte. Konsekvenserna av *Centros* domen kan anses som många och har genomarbetats noggrant av danske professor Karsten Engsig Sørensen med flera. En utredning om begreppet säte kommer som hastigast att beröras, men kan inte sägas omfatta en sådan djup redogörelse som rättsläget skulle kunna kräva.

Inte heller någon närmare granskning av relationen mellan primär eller sekundär etableringsrätt kommer att göras inom ramen för denna uppsats. Det enda som kommer att beröras av frågan är i redogörelserna av målen *Centros* och *Überseering*, i och med att de två domarna inriktar sig på olika stadier av etableringsrätten. Målet *Überseering* handlar om sätesprincipens tillämpning med de konsekvenser dess tillämpning kan få enligt tysk rätt. Jag avgränsar mig dock inte till att bara behandla effekterna gentemot tysk rätt, utan kommer även

---

<sup>3</sup> C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*

<sup>4</sup> se kapitel 4.1 Delaware-effekten

att anse Tyskland som ett exempel på en av de medlemsstater som använder sig av sätesprincipen. Jag är samtidigt medveten om att den materiella rätten kan skilja sig åt mellan olika medlemsstater, men att detta tas i beaktande. Det är inte uppsatsens syfte att försöka fastställa sätesprincipens samband till annan intern rättsordning.

En annan viktig avgränsning är att uppsatsen inte kommer att beakta de fall som kan finnas av särregleringar av aktiebolags flytt av faktiska sätet, eller situationen när det finns mellanstatliga avtal enligt artikel 293 EG-fördraget, som utesluter problematiken mellan sätes- och inkorporationsprincipen.

## **1.2 Metod**

För att kunna svara på uppsatsens frågeställningar kommer jag att använda mig av en traditionell juridisk metod med komparativa inslag, där syftet är att söka efter gällande rätt samt att utreda rättsläget. Dock är situationen annorlunda ifråga om det fjortonde bolagsdirektivet som tas upp, men som i nuvarande form endast är ett utkast till ett förslag. Detta utkast fungerar i uppsatsen som en del i ett försök att visa om det finns tecken på hur en framtid inom bolagsrättens område kan se ut inom den Europeiska Unionen. Angreppssättet är teoretiskt i avsnitten som behandlar principerna, rättsfallen och regleringskonkurrensen, medan beskrivningen av EU:s framtid avseende bolagsrätt fungerar som en praktisk del som blickar framåt mot regelverkens utveckling eller tillbakagång. Avsnittet om EU:s framtid är till stor del en politisk fråga, som inte låter sig avgöras enbart av juridiska lösningar, utan är en komplicerad fråga som kommer att ha ett ansevärt inflytande på vår framtida framåtskridande inom bolagsrätten i Europa.

Valet av uppsatsämne och frågeställningar företräder ett kritiskt perspektiv beträffande de argument och lösningar som är relevanta för den Europeiska Unionens utveckling, av domen i rättsfallet *Überseering*.

### **1.3 Disposition**

Efter en redogörelse av bakgrunden till domarna genom en belysning av sätes- respektive inkorporationsprincipen samt regelverket i stort kring problemen som aktualiseras i uppsatsen, beskrivs de aktuella rättsfallen Daily Mail, Centros och Überseering. Daily Mail fungerar som en viss bakgrund eftersom både EG-domstolen och författare har hänvisat till just detta mål, medan Centros och Überseering mer ingående berörs med beskrivning och konsekvenser. Därefter redovisas ett komparativt inslag genom kapitlet om regleringskonkurrens och Delaware-effekten som följs av en praktisk del om EU:s framtid, harmonisering och om den för lagstiftningskompetensen viktiga principen om subsidiaritet. Avslutningsvis återfinns sammanfattning och slutsatser.



## 2 Sätess- och inkorporationsprincipen

En stat som följer inkorporationsprincipen, även kallad registreringsprincipen, kommer att anse ett bolags hemvist där det är registrerat, oavsett om det har sitt säte där eller inte. Inregistreringen styr vilket lands lagstiftning som bolaget lyder under och är ett s.k. anknytningsmoment till en lagstiftning. Stiftelsetillfället är det viktiga d.v.s. att bolaget blivit bildat i enlighet med lagstiftningen i inkorporationslandet, medan var verksamheten bedrivs saknar betydelse. Principen utvecklades i Storbritannien under 1700-talet och i EU är det bl.a. Storbritannien, Irland, Holland, Finland, Sverige och Danmark som använder sig av inkorporationsprincipen.<sup>5</sup>

En stat som följer sätessprincipen, även kallad *siège réel* teorin, ser till var det faktiska sätet befinner sig. Sätessprincipen innebär att bolaget faller under lagstiftning där dess faktiska säte är beläget. Detta kan tolkas olika i olika medlemsstater, men i de flesta fallen är den faktiska adressen, huvudsätet, det samma som var bolagets huvudadministration befinner sig. I Tyskland är det ett krav att det i bolagsordningen angivna sätet stämmer överens med det faktiska sätet. Förutom säte beläget i medlemsstaten i fråga, måste bolaget i de flesta stater som tillämpar sätessprincipen också registrera bolaget för att det skall vinna rättskraft som rättssubjekt.<sup>6</sup> Denna teori syftar till att försäkra sig om att bolaget har sitt administrativa säte i landet att det därmed lyder under tvingande skyddslagar av exempelvis minoritetsägare, anställda och fordringsägare. Upprätthållandet av möjligheten till protektionistiska åtgärder har gjort att principen i fråga har blivit beskriven som en skyddsprincip. Ett av de starkaste argumenten för sätessprincipen är just att den skyddar intressenter, som till exempel aktieägarminoriteter, borgenärer och arbetstagare i det land där bolaget har sitt säte. Tyskland har exempelvis en stark tradition av sätessprincipen och samtidigt ett starkt skydd för arbetstagare genom arbetstagarrepresentation i bolagsstyrelsen. För att skydda arbetstagarna vill Tyskland inte att bolag skall kunna kringgå de starka.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Neville Mette, Winther-Sørensen Niels och Engsig Sørensen Karsten, "Free Movement of Companies under Company Law, Tax Law and EU Law", i Neville Mette och Engsig Sørensen Karsten (red.), *The Internationalisation of Companies and Company Laws*, DJØF Publishing, Köpenhamn 2001, s.183

<sup>6</sup> Werlauff Erik, *EC Company law: the common denominator for business undertakings in 12 states*, Jurist- og Økonomiforb., Köpenhamn 1993, s.21

<sup>7</sup> Neville M., Winther-Sørensen N. och Engsig Sørensen K., 2001, s.183 samt Neville Mette och Engsig Sørensen Karsten, *Selskabers nationalitetsskifte*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret (NTS), 1999:1, s.38f

Ett argument mot sätesprincipen är att det är ett fritt val hos varje aktieägare att försvara en minoritetspost i ett utländskt bolag och därmed underkastas det landets lagstiftning. Att sätesprincipen skulle skydda borgenärer kan ifrågasättas eftersom bolaget upplöses helt vid ett nationalitetsskifte. Borgenärerna underställs då mottagarstatens lagstiftning och kan förlora sin eventuella inbördes ordning gentemot andra borgenärer i mottagarstaten. Detta är dock inte ett stort problem eftersom de flesta rättsordningar ger fortsatt plats åt borgenärerna. Vad gäller arbetstagarnas skydd i bolagsrättsliga lagstiftningar varierar detta kraftigt i de olika medlemsstaterna. Denna skillnad bottnar i många fall i huruvida medlemsstaten har one-tier system eller two-tier system i bolagsledningar. I stater där arbetstagarrepresentationen är stor praktiseras ofta two-tier system där arbetstagarna kan finnas med i ledningen och ha en tillsynsfunktion, utan att ha ett direkt inflytande över bolagets löpande verksamhet i det verkställande organet.<sup>8</sup>

Begreppet "säte" leder till problem eftersom det ännu inte finns någon gemenskapsrättslig definition. Ett säte kan förklaras som det driftmässiga centret, orten där bolagets kontroll utövas, eller där ledningen är verksam, men innebörden av dessa förklaringar kan fortfarande variera mellan staterna. Det vanligaste synsättet är dock att se ledningens verksamhetsort som sitt huvudsakliga säte för bolaget.<sup>9</sup>

EG-rätten har ännu inte tvingat medlemsstaterna att välja mellan sätesprincipen eller inkorperationsprincipen utan det är fortfarande upp till varje lands lagstiftning, doktrin och praxis.

Det finns fyra olika situationer som kan uppstå vid flyttning av ett bolags säte inom EU.

- a) Både ursprungsstat och mottagarstat tillämpar inkorperationsprincipen vilket innebär att båda staterna accepterar att ursprungsstaten fortfarande har den tillämpliga lagen för bolaget.
- b) Ursprungsstaten tillämpar inkorperationsprincipen och mottagarstaten använder sig av sätesprincipen. Båda staterna kommer att göra anspråk på att vara tillämplig rättsordning. Ursprungsstaten menar att den lagstiftning där registrering gjordes vid

---

<sup>8</sup> Neville M., Winther-Sørensen N. och Engsig Sørensen K., 2001, s.184ff

<sup>9</sup> Ibid, s.184

bolagets bildande gäller, medan mottagarstaten hävdar att den lagstiftning där bolaget har sitt säte, huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet, skall gälla.

- c) Båda staterna använder sig av sätesprincipen vilket innebär att bolaget anses upplöst när sätet flyttas ut ur ursprungsstaten och där mottagarstatens lagstiftning tar vid när bolaget nybildas.
- d) Ursprungsstaten tillämpar sätesprincipen som gör att bolaget anses upplöst vid utflyttningen och mottagarstaten använder inkorporationsprincipen som kräver lagstiftningen i den stat där bolaget har bildats. I denna alternativa situation gör inte någon av de båda staterna anspråk på att vara den tillämpliga rättsordningen och bolaget faller mittemellan.<sup>10</sup>

Det är uppenbart att denna diskrepans orsakar en konflikt mellan de båda principerna och mellan medlemsstaterna. Det finns en risk för dubbel nationalitet för ett och samma bolag under bolagsrätten. Med tanke på detta ges de bolagen lika rättslig status oavsett vilken princip som tillämpas i och med EG-fördraget art.48, eftersom alla bolag som A) är upprättade i enlighet med en medlemsstats lagstiftning och B) har antingen registrerat kontor, en central administration eller huvudplats för verksamheten i den Europeiska unionen. Även om de flesta EU-länder använder sig av sätesprincipen, kan kritik riktas mot att utländska företag blir diskriminerade och därmed att det strider mot artikel 43 och 48 i EG-fördraget eftersom sätesprincipen vägrar att erkänna registreringen av ett bolag i ett annat land som tillräcklig utan kräver att bolaget ger upp sin ursprungliga nationalitet för att få godkännande.<sup>11</sup>

I praktiken är inte ett bolags sätesflyttning till en annan medlemsstat enbart beroende av de två principerna. Mellan länderna finns det även möjligheter till egen lagstiftning på området genom mellanstatliga avtal som kan reglera en eventuellt bevarad rättssubjektivitet. Det viktiga i sammanhanget är snarare att de nationella lagstiftningarna inte kräver bolagets upplösning eller nybildande vid ut- eller inflyttningen. Portugal har exempelvis lagstiftat nationellt kring problemen som kan uppkomma vid nationalitetsskiften. Landet har ställt upp tre krav:

---

<sup>10</sup> Werlauff E., 1993, s.198

<sup>11</sup> Ibid, s.198

- a) att ursprungsstaten tillåter utflyttning utan bolagets upplösning, vilket i dagens situation resulterar i att det bara kan gälla bolag som gäller under inkorporationsprincipen,
- b) att bolaget anpassar sina interna regler till portugisisk lagstiftning samt
- c) att bolaget genom registrering i Portugal också flyttar sitt i bolagsordningen angivna säte.

Denna lagstiftning innebär att bolag kan flytta till eller ifrån Portugal utan att behöva upplösas eller nybildas, vilket står i överensstämmelse med det gemenskapsrättsliga målet om en fri inre marknad i EU och artiklarna 43 och 48.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Neville M. och Engsig Sørensen K., NTS 1999:1, s.40f

### **3 Rättspraxis från EG-domstolen**

Den juridiska debatten avseende de två kolliderande principerna har före domen i *Überseering* målet främst rört sig kring målen *Daily Mail* och *Centros*. Doktrinen är oenig om deras innebörd och vad det relativt nytillkomna målet *Überseering* medför gällande EG-domstolens praxis.

#### **3.1 *Daily Mail* domen**

Den 27 september 1988 avkunnades dom i målet 81/87 *The Queen v. H.M. Treasury* från EG-domstolen, där de båda principerna spelade en avgörande roll.

Det brittiska företaget *Daily Mail* ansökte till de brittiska myndigheterna om att flytta sitt lednings- och tillsynsorgan till Nederländerna, vilket innebar en flytt av det faktiska sätet. Bolaget ville lyda under nederländsk rätt. I Storbritannien tillämpas inkorporationsprincipen som gör det möjligt att genomföra ett nationalitetsskifte utan att behöva upplösa bolaget eller nybilda det i mottagarstaten vid en sätesflytt eftersom Nederländerna också använder sig av inkorporationsprincipen.

Syftet med nationalitetsskiftet var skattemässig och enligt brittisk lagstiftning krävdes den brittiska skattemyndighetens tillstånd. *Daily Mail* ville få det fastställt att det inte förelåg någon skyldighet att först inhämta ett tillstånd från de brittiska myndigheterna eftersom artikel 52 och 58, nuvarande artikel 43 och 48, gav dem rätt att flytta sitt faktiska säte från en medlemsstat till en annan, eller att de rent av hade en ovillkorlig rätt till ett sådant nationalitetsskifte. Ett bolag som har bildats i enlighet med brittisk lagstiftning skulle enligt företaget *Daily Mail* få flytta sitt säte till en annan medlemsstat utan att för den skull förlora sin rättsstatus som juridisk person. Ett nationalitetsskifte skulle innebära en flytt av bolagets registrerade adress mellan två medlemsstater vilka båda använde sig av inkorporationsprincipen. Enligt brittisk lagstiftning var det dock bara bolag med sitt säte och därmed sin skatterättsliga hemvist i landet som gällde under brittisk skattelagstiftning.

Domstolen kom fram till att en flytt av säte från ett land som använder sig av inkorporationsprincipen och byte av tillämplig rättsordning till den nederländska inte var

möjligt. Bolagets existens beror på registreringen i bildandestaten och därför kan den inte bli flyttad. Domstolen menade att man inte kan jämställa bolag med fysiska personer utan bolagen är enheter som bildats i överensstämmelse med en rättsordning, i gemenskapsrättens nuvarande form, enligt en nationell rättsordning. Harmonisering har ännu inte genomförts inom området och därför gäller de nationella lagstiftningarna. Det går däremot bra att öppna en filial eller ett dotterbolag i Nederländerna, men för att kunna lyda under nederländska lagar krävs det att bolaget upplöses och därefter bildas i det nya medlemslandet. Domstolen menar att detta inte står i strid med artikel 52 och 58, nuvarande artikel 43 och 48 i EG-fördraget.<sup>13</sup>

EG-domstolen fastslog att artiklarna i fråga ”skall tolkas så att de, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, inte ger ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i den medlemsstat där det har sitt stadgeenliga säte, rätt att flytta sätet för bolagsledningen till en annan medlemsstat.”<sup>14</sup> EG-domstolen fortsatte med att klargöra att artiklarna 43 och 48 inte kunde tolkas ”så att de ger nationella bolag rätt att flytta sätet för bolagsledningen och huvudkontoret till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat vars lagstiftning de har bildats.”<sup>15</sup> Domstolen påpekade även att ett krav av skatterättslig karaktär inte i sig utgjorde ett hinder för att det brittiska bolaget flyttar till Nederländerna, i fallet för Daily Mail, efter att de gjort upp sina skatterättsliga åtaganden enligt Storbritanniens lagstiftning.

Daily Mail domen kan tolkas så att bolagets utövande av sin rättsliga status beror helt och hållet på den rättsordning som den bildats i enlighet med. På samma sätt är bolaget beroende av mottagarstatens erkännande för att få rättslig status efter ett nationalitetsskifte. Dock handlade inte Daily Mail fallet om rätten för mottagarstaten utan om rätten för ursprungsstaten.<sup>16</sup>

Ett av målen som gemenskapen vill uppnå är att skapa en inre marknad för varor, tjänster, personer och kapital. I EG-fördraget stadgas etableringsfrihet enligt artiklarna 43 och 48 som skall ge bolag rätt att fritt etablera sig och sin verksamhet var som helst inom gemenskapen.

---

<sup>13</sup> Werlauff E., 1993, s.333

<sup>14</sup> Daily Mail p.25

<sup>15</sup> Ibid, p.24

<sup>16</sup> Nelson Maria, *Überseering utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2002:4, s.427

Trots denna rätt menar domstolen att ytterligare harmonisering krävs innan den fria etableringsrätten kan praktiseras fullt ut.

I fallet Daily Mail handlade det bara om stater som tillämpar inkorporationsprincipen, men där EG-domstolen i den ställda huvudfrågan, som var av skatterättslig karaktär, ändå valde att ta upp frågan om sätes- och inkorporationsprincipen. Vilken av principerna som skall gälla över den andra blev dock inte fastslaget av domstolen i Daily Mail domen men domstolen uppmanar där till en lösning genom harmonisering. Detta kan sägas vara en diplomatisk lösning av EG-domstolen som år 1988 inte ville ta steget fullt ut att själv föra det politiska spelet framåt genom rättspraxisen i ett uttalande.

### **3.2 Centros domen**

Den 9 mars 1999 kom domen i mål C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen från EG-domstolen och handlade främst om tolkningen av nuvarande artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget.

Två danska medborgare, bosatta i Danmark, startade ett bolag i England. I brittisk lag finns det inget krav på tillskjutet aktiekapital i aktiebolag. De drev ingen näringsverksamhet i England och deras ansökan om att öppna en filial i Danmark blev avvisad av de danska myndigheterna eftersom dessa ansåg att syftet endast var att kringgå de danska aktiebolagsreglerna om aktiekapital.

Centros Ltd hävdar att de bildats rättsenligt i England och att de genom artikel 52 och 58 (nuvarande artikel 43 och 48) har rätt att upprätta en filial i Danmark. Att de inte bedriver näringsverksamhet i England är inget som har betydelse för etableringsrätten.

Danska myndigheter menade i sin tur att deras avvisning av öppnandet av en filial inte står i strid med artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget, eftersom upprättandet av en filial visar på en vilja att undandra sig regler om aktiekapital. Dessutom måste offentliga och enskilda borgenärer skyddas samt att även bekämpa bedräglig konkurs.

Dansk domstol, Højesteret kom med följande tolkningsfråga till EG-domstolen:

”Är det förenligt med artikel 52 i EG-fördraget, jämförd med artiklarna 58 och 56, att neka registrering av en filial till ett bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat och som med ett aktiekapital på 100 UKL (cirka 1 000 DKR) har bildats och består i överensstämmelse med lagstiftningen i denna medlemsstat, när bolaget i sig inte driver näringsverksamhet men filialen önskas upprättad för att driva hela verksamheten i det land där filialen upprättas, och när det kan anses att förfarandet används i stället för att bilda ett bolag i den senare medlemsstaten, i syfte att undvika att tillskjuta ett lägsta aktiekapital på 200 000 DKR (numera 125 000 DKR)?”

Genom denna fråga till EG-domstolen undrar den danska domstolen om huruvida artiklarna 52 och 58 utgör ett hinder mot att en medlemsstat nekar ett bolag att upprätta en filial i landet, trots att detta bolag har bildats rättsenligt i en annan medlemsstat, när filialens syfte för upprättande består i att kringgå bolagsrättsregler i filiallandet och bolaget avser att därifrån driva hela sin verksamhet.

Danska myndigheter ställer sig inte negativt till upprättande av filialer i allmänhet när bolaget i fråga bedriver näringsverksamhet, men menar att detta fall inte är tillämplig för EG-rätt eftersom det handlar om helt inomrättsliga förhållanden i och med att bolagsmännen är danska medborgare.

Domstolen framhåller dock att det inte är tillräckligt att näringsverksamhet inte bedrivs för att fastsälla missbruk av exempelvis reglerna om aktiekapital, när medlemsstaten nekat möjlighet att åberopa gemenskapsreglerna.

Artikel 52 om etableringsfrihet tillkommer alla medborgare inom gemenskapen som vill starta och utöva verksamhet, samt möjligheten att bilda och driva bolag på samma villkor som medlemsstatens egna medborgare enligt den nationella lagstiftningen. Med fysiska personer likställs bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen.

Begreppet ”säte”, huvudkontor eller den huvudsakliga verksamheten tjänar till att fastställa bolagets anknytning till en medlemsstats rättsordning, på samma sätt som nationalitet är av betydelse vad gäller fysiska personer.



Om en medlemsstat hindrar filialer från att upprättas på detta sätt, står den praxis i strid med artikel 52 och 58, vilket skulle hindra utövandet av EG-fördragets artiklar om etableringsfrihet och utövandet av de fyra friheterna för den inre marknaden.

Danska myndigheter menar att bolagsmännen inte kan åberopa EG-fördragets artiklar eftersom de missbrukat etableringsrätten och haft för avsikt att kringgå bestämmelser i den nationella lagstiftningen.

Av EG-domstolens rättspraxis framgår att en medlemsstat har rätt att vidta åtgärder för att förhindra att dess medborgare försöker kringgå den nationella lagstiftningen och att medborgarna vid denna typ av missbruk och bedrägeri inte har rätt att stödja sina syften med EG-fördragets artiklar. En tvingande hänsyn till allmänintresset skall tas genom att beakta de syften som eftersträvas genom EG-rätten, där rättsfallet Paletta<sup>17</sup> nämns i sammanhanget.<sup>18</sup>

Domstolen poängterar det faktum att en medlemsstats medborgare väljer att bilda bolag i det medlemsland där reglerna för bolaget förefaller som minst restriktiva vad gäller bolagsbildande eller att upprätta filialer i andra medlemsstater, kan inte i sig anses som den typ av missbruk av etableringsrätten som avses i EG-domstolens praxis. Utövande av den etableringsfrihet, som är garanterad genom EG-fördraget, är ett led i den strävan efter fri inre rörlighet.

”Att bolagsrätten inte är fullständigt harmonierad inom gemenskapen har i detta avseende knappast någon betydelse.”<sup>19</sup> Rådet kan bidra ytterligare till denna harmonisering genom artikeln 54.3g i EG-fördraget där befogenheter för Rådet och Kommissionen ges.

Artiklarna 52 och 58 handlar om den fria sekundära etableringsrätten och om en medlemsstat hindrar denna, står det agerandet i strid med just artikel 52 och 58.

De danska myndigheterna anför att reglerna om aktiekapital har ett dubbelt syfte som tjänar att skyddas. Dels stärks bolagens ekonomiska soliditet för att skydda de offentliga

---

<sup>17</sup> Mål C-206/94 Paletta, REG 1996, s.I-2357

<sup>18</sup> Mål C-212/97 Centros, p.24-25

<sup>19</sup> Ibid, p.28

borgenärerna som inte kan säkerställa sina fordringar genom borgen eller säkerhet, och dels skyddas mer allmänt både de offentliga och enskilda borgenärerna genom ett förebyggande av risk för bedrägligt konkurs. Ett sådant dubbelt syfte är enligt de danska myndigheterna möjligt att uppnå genom mindre ingripande åtgärder likt det som åtagits mot Centros Ltd. Myndigheterna hänvisar både till rättspraxis om den tvingande hänsynen till allmänintresset och till artikel 56 i fördraget.

De åberopade skälen faller dock inte in under artikel 56. För att en nationell åtgärd, som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna om rörlighet skall vara accepterad, skall den falla inom EG-domstolens rättspraxis.

1. Åtgärderna skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.
2. Vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset.
3. Åtgärderna skall vara ägnade att säkerställa den målsättning som de försöker eftersträva.
4. De skall inte gå utöver vad som kan anses vara nödvändigt för att uppnå målsättningen.

Dessa fyra förutsättningar är, enligt EG-domstolen, inte uppfyllda för de danska myndigheternas agerande gentemot Centros Ltd.

När ett bolag bildas enligt en medlemsstats lagstiftning och en filial upprättas i en annan medlemsstat, bör borgenärerna upplysas om att de omfattas av en annan rättsordning. Borgenärerna är i sin tur skyddade av vissa gemenskapsregler som grundas i artikel 54.3g i EG-fördraget.

Tvärtemot vad de danska myndigheterna hävdar finns det en möjlighet till att ingripa genom åtgärder, exempelvis genom att ge de offentliga borgenärerna möjlighet att begära säkerhet.

Att en medlemsstat inte kan neka registrering av en filial innebär inte att man står helt utan möjlighet till åtgärd mot att bedrägeri sker eller att kunna vidta sanktioner. Dock kan inte bekämpandet av bedrägeri läggas till grund för en praxis som nekar registrering av en filial.

### 3.2.1 Sammanfattning av Centros domen

Tolkningsfrågan som EG-domstolen skulle utröna skall därför besvaras så att ”artikel 52 och 58 [...] utgör ett hinder mot att en medlemsstat nekar registrering av en filial till ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat, i vilken den har sitt säte utan att där bedriva näringsverksamhet, när filialen syftar till att göra det möjligt för bolaget i fråga att driva hela sin verksamhet i den stat där filialen upprättas, i stället för att bilda ett bolag där” Denna tolkning menar EG-domstolen stänger inte möjligheten till åtgärder av staten för att förhindra bedrägeri eller beslut om sanktioner.

### 3.2.2 Tankar kring Centros domen

Domstolen visar i sin dom en vilja att föra integrationsprocessen inom EU vidare och genom domen i målet Centros har utrymmet för en medlemsstat som orsak till nekande till att upprätta filial hävda missbruk av etableringsrätten blivit i princip obefintlig. En fråga som uppkommer i samband med domen är hur långt den fria etableringsrätten sträcker sig. Vad skall anses utgöra missbruk mot de nationella lagstiftningarna?

För en medlemsstat är det av betydelse att upprätthålla den nationella lagstiftningen för att skydda sina egna intressen inom gemenskapen. För bolagen kan Centros resultera i ett ”race to the top”<sup>20</sup> vad gäller de rent ekonomiska villkoren, medan situationen om ett ”race to the bottom” kan uppkomma inom skyddsvärda områden som borgenärer eller arbetstagare. Ju lägre kostnaderna för dessa områden är, desto mer vinst kan gå till bolaget som därmed väljer just den medlemsstat där reglerna medger mindre kostnader.

För att ytterligare harmonisering av etableringsrätten skall vara möjlig inom gemenskapen måste andra sammanhängande områden inom bolagsrätten genomarbetas, som exempelvis aktiekapital och arbetstagarepresentation.

I Centros domen nämns inte problemen kring sätes- respektive registreringsprincipen mer än i refererande ”praxis”. Det kan tolkas som att EG-domstolen inte ansåg Centros fallet ha någon inverkan på stater som praktiserar sätesprincipen eftersom de båda staterna inblandade i Centros fallet använder sig av registreringsprincipen. Samtidigt var situationen likadan i Daily

Mail fallet, att de båda aktuella medlemsstaterna använde sig av registreringsprincipen, där detta ändå togs upp. EG-domstolen har dock ingen plikt att meddela när eller om de ändrar sin rättspraxis.<sup>21</sup>

### **3.3 *Überseering domen***

Den 5 november 2002 kom domen i mål C-208/00 mellan Überseering BV och Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) angående tolkningen av artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget.

Det nederländska bolaget Überseering förvärvade år 1990 en fastighet i Düsseldorf, Tyskland, som användes i deras näringsverksamhet. Två år senare gavs NCC uppdrag genom ett entreprenadavtal att renovera ett garage och ett hotell som hade uppförts på fastigheten. Arbetena utfördes, men Überseering hävdade att fel förelåg avseende hur måleriarbetena hade utförts av NCC.

Enligt tysk rättspraxis bedöms rättskapacitet i enlighet med den rättsordning som är tillämplig på den plats där bolaget i fråga har sitt faktiska säte. Tyskland tillämpar sig därmed av den ovan nämnda sätesprincipen. Denna princip tillämpas även när ett bolag rättsenligt har bildats i en annan stat och dess faktiska säte har flyttats till Tyskland. Principen står i ett motsatsförhållande till inkorporationsprincipen som exempelvis används i Sverige, Storbritannien och Nederländerna.

I december 1994 förvärvade två tyska medborgare samtliga andelar i Überseering. Efter att utan framgång krävs NCC på ersättning för felen, gick bolaget till domstol med frågan. Domstolen avvisade dock talan, vilket även nästa instans fastställde. Domskälen angavs vara att sätet för bolaget anses som flyttat till Tyskland i och med att de två tyska medborgarna hade övertagit samtliga andelar. Überseering hade därmed inte någon partsbehörighet enligt tysk rätt, eftersom det var ett utländskt bolag och som sådant saknade rättskapacitet. Rättskapaciteten saknas till dess att bolag enligt tysk bolagsrätt har ombildats efter att ett säte flyttats till Tyskland. Fram till en sådan ombildning, som skulle ge rättskapacitet, hade

---

<sup>20</sup> se kapitel 4 Regleringskonkurrens, "race to the top/bottom"

<sup>21</sup> Nelson M., NTS 2002:4, s.427f

bolaget Überseering ingen partsbehörighet i målet. Det kunde inte föra en talan inför den tyska domstolen.

Den högsta instansen i Tyskland, Bundesgerichtshof, ställde två tolkningsfrågor till EG-domstolen.

Den första lyder ”Skall artiklarna 43 EG och 48 EG tolkas så, att etableringsfriheten för bolag utgör hinder för att låta rättskapaciteten och partsbehörigheten för ett bolag, som rättsenligt har bildats enligt en medlemsstats rättsordning, bedöms enligt rättsordningen i en annan stat till vilken nämnda bolag har flyttat sitt faktiska säte, när bolaget enligt denna rättsordning inte längre i domstol i etableringsstaten kan göra gällande sina rättigheter enligt avtal?”

Genom denna fråga vill den tyska domstolen få klarhet i huruvida nämnda artiklar utgör ett hinder för en medlemsstat att vägra att erkänna att ett bolag har rättskapacitet och därmed även partsbehörighet i de nationella domstolarna vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i samma medlemsstat, när bolaget har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat – i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen – och anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten enligt den stats rättsordning.

Om EG-domstolen skulle besvara den tolkningsfrågan jakande, frågar den tyska domstolen en andra tolkningsfråga som lyder ”Innebär etableringsfriheten för bolag (artiklarna 43 EG och 48 EG) att ett bolags rättskapacitet och partsbehörighet skall bedömas enligt rättsordningen i den stats där bolaget har bildats?”

Enligt yttranden i EG-domstolen menar NCC att de enda rättigheterna som skyddas genom etableringsfriheten är de som avser rätten att ombilda sig i en medlemsstat, samt att inrätta driftställe där. Länder som Tyskland, Italien och Spanien, argumenterar i domstolen bland annat för att det för närvarande inte finns något harmoniseringsdirektiv avseende flyttning av säten och att det inte ingåtts något multilateralt avtal med stöd av artikel 293 i EG-fördraget. NCC, Tyskland, Italien och Spanien hänvisar även till domen Daily Mail som stöd för deras argument.

Überseering, Nederländerna, Storbritannien, kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet anser att artiklarna 43 och 48 i fördraget sammantaget utgör ett hinder för en medlemsstats regler, enligt vilka ett bolags rättskapacitet och partsbehörighet skall bedömas i enlighet med den statens rättsordning när bolaget rättsenligt har bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning och enligt den statens bolagsordning anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten. Ett sådant hinder föreligger när nämnda bolag enligt den förstnämnda medlemsstatens rättsordning inte har någon rätt att i domstol göra gällande rättigheter som det har, enligt avtal som ingåtts med ett bolag i samma stat. Domen i Centros målet menas vara den rätta praxisen att dra paralleller till i Überseering och inte Daily Mail, eftersom det i Überseering liksom Centros handlar om ett bolag som enligt rättsordningen bildats i en annan medlemsstat och som utövar sin etableringsrätt i värdmedlemsstaten.

Bolag skall liknas vid fysiska personer, menar domstolen, som drar paralleller till hur medborgarskapet fungerar för fysiska personer. För bolagen tjänar sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten till att fastställa bolagets anknytning till en medlemsstats rättsordning på samma sätt som nationalitetstillhörighet gör för en fysisk person. Rättsenligt bildade bolag har rätt att utöva sin verksamhet i en annan medlemsstat, varvid deras säte, huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet tjänar till att bestämma deras tillhörighet till en medlemsstat på samma sätt som medborgarskapet bestämmer fysiska personers tillhörighet till en stat. Detta menar domstolen även var utgångspunkten i domen i Centros målet<sup>22</sup>. Det är dock nödvändigt att bolag erkänns av varje medlemsstat som det önskar att etablera sig i.

Domstolen tar under första tolkningsfrågan upp artiklarna 43 och 48 och stadgar att dessa innebär direkt tillämplighet för medlemsstaterna. Artikel 293 skall inte läsas som ett undantag för dessa och kan i sig inte heller motivera en eventuell begränsning. Artiklarna 43 och 48 medför direkt effekt, något som skall återspeglas i medlemsstaternas lagstiftningar. Inskränkningar för EU-medborgare att fritt etablera sig i en annan medlemsstat är därmed förbjudna. Förbudet inkluderar inskränkningar i att upprätta kontor, filialer och dotterbolag.

EG-domstolen understryker i Überseering domen skillnaderna mellan det aktuella fallet och situationen i Daily Mail, som rörde förhållandena mellan ett bolag och den medlemsstat enligt vars lagstiftning det hade bildats för de fall att bolaget önskar flytta sitt faktiska säte till en

annan medlemsstat med bibehållen rättskapacitet från bildandestaten. Det aktuella målet rör istället frågan huruvida en medlemsstat skall erkänna ett bolag som bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning, där ett sådant bolag inte erkänns som ett rättssubjekt i den förstnämnda staten på grund av att denna stat anser att bolaget flyttat sitt faktiska säte till den, utan att det i detta hänseende spelar någon roll om detta var avsikten eller inte hos bolaget självt. En intressant del i domen *Überseering* är att EG-domstolen tar tillfället i akt att förklara sin dom i *Daily Mail* i förhållande till det aktuella målet.<sup>23</sup>

Domstolen skriver vidare i sin dom att det skall framhävas att bolaget enligt nederländsk rätt inte skall anses som upplöst, utan att det fortfarande har sin rättskapacitet intakt. Det är dock inte fallet i enlighet med den tyska rättspraxisen.

Genom den andra tolkningsfrågan skall domstolen ta ställning till om Tysklands underlåtenhet att erkänna rättsenligt bildade bolag som bildats i en annan medlemsstat, i detta fall bolaget *Überseering*, innebär en begränsning av etableringsfriheten eller inte. Domstolen kommer fram till att en sådan begränsning föreligger, men tar även upp frågan om detta är motiverat eller inte. Tyskland har i domstolen argumenterat för att, om deras underlåtenhet att erkänna bolagets partsbehörighet skulle anses vara en begränsning av etableringsfriheten, så tillämpas underlåtenheten icke-diskriminerande och är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset samt är proportionerlig i förhållande till det eftersträlvade målet. Som exempel på allmänintresse framhåller Tyskland att det inte finns någon gemenskapsstandard för skydd av minoritetsägare i bolagen. Även de anställda är skyddsvärda i en situation likt denna, enligt Tyskland och menar att utan deras underlåtenhet att erkänna *Überseering* i målet i fråga, kan regler om bolagsrepresentation och medbestämmande kringgås. EG-domstolen skriver i sin dom att sådana intressen mycket väl kan vara skyddsvärda, men att det inte är motiverat av dessa att förhindra etableringsfriheten. Detta skulle närmare bestämt stå i strid med artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget.

---

<sup>22</sup> C-212/97 *Centros*, p.19-20

<sup>23</sup> 81/87 *Daily Mail*, p.66-73

### 3.3.1 Sammanfattning av Überseering domen

EG-domstolen fastslog därmed i sin dom att artiklarna 43 och 48 i fördraget var tillämpliga. Artikel 293 som några av medlemsstaterna i sina yttranden hänvisat till, innebär inte att någon lagstiftningskompetens för medlemsstaterna finns kvar. Med ordet ”nödvändigt” som används i artikel 293 avses ”i den mån fördragsbestämmelserna inte gör det möjligt att förverkliga fördragets syften.”<sup>24</sup> Att ett avtal har ingåtts villkorar alltså inte etableringsrätten enligt artikel 293. Domstolen ville även särskilt understryka att även om multilaterala avtal, som avses i artikel 293 och harmoniseringsdirektiv som avses i artikel 44, underlättar förverkligandet av etableringsfriheten, så är utövandet av denna frihet inte villkorad av dem.

EG-domstolen besvarade båda tolkningsfrågorna i målet jakande. När ett bolag bildat enligt rätten i en medlemsstat, i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen, utövar etableringsrätten i en annan medlemsstat medför artiklarna 43 och 48 en skyldighet för den andra staten att erkänna den rättskapacitet och därmed även den partsbehörighet som bolaget har enligt den stat vars rättsordning det bildats i enlighet med.

### 3.3.2 Tankar kring Überseering domen

Tyngdpunkten i Überseering kan anses ligga i om aktiebolags etableringsrätt skall föreligga enligt ursprungsstaten eller den mottagande statens rättsordning där bolaget har sitt faktiska säte. Detta handlar med andra ord om huruvida sätesprincipen och dess konsekvenser är förenliga med artiklarna 43 och 48 EG-fördraget i situationer likt Überseerings. Det kan stadgas relativt snabbt att vissa av sätesprincipens konsekvenser inte är det, vilket redan framgick innan Überseering målet, genom mål som Daily Mail och Centros. Enligt artikel 48 skall ett bolag med framgång kunna flytta till en medlemsstat utan att möta på problem rörande etableringsrätten som bottnar i om det är en stat som tillämpar inkorporationsprincipen eller sättesprincipen. Det skall heller inte spela någon roll om bolaget bildats i en stat som använder sig av den ena eller den andra principen. Det får inte finnas några hinder för etableringsfriheten enligt artikel 48. Det är av betydelse att hålla i minnet att etableringsrätten inte får hindras vare sig av mottagarstater *eller* av ursprungsstater.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> C-208/00 Überseering, p.54

<sup>25</sup> Nelson M., NTS 2002:4, s.429f, 436



Vissa har dragit slutsatsen att sätesprincipens konsekvenser inte alls är förenliga med artiklarna 43 och 48, något som skulle leda till att bara inkorporationsprincipen skall användas inom EU. Maria Nelson avfärdar dock detta i sin artikel *Überseeringdomen utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis*. Hon menar att ett aktiebolag som är bildat i enlighet med en stats rättsordning, vare sig staten tillämpar inkorporations- eller sätesprincipen, skall anses som bildat i enlighet med artikel 48 i fördraget. Problemen med sätesprincipens konsekvenser handlar inte om vilken princip som staterna i fråga tillämpar utan oförenligheten med artikel 48 ligger i en annan fråga, enligt Maria Nelson. ”Det avgörande för oförenligheten torde vara att om ett aktiebolag flyttar sitt faktiska säte från en ursprungsstat utan att bedriva någon näringsverksamhet i ursprungsstaten och denna stat är en s-stat aktiebolaget, upphör att existera enligt den rättsordning i kraft av vilken aktiebolaget existerade.”<sup>26</sup> Om situationen istället handlade om ett bolag som flyttade från en stat som tillämpar inkorporationsprincipen kommer det inte att upphöra att existera såsom i det första fallet. En mottagarstat som tillämpar sätesprincipen skulle då inte få tillämpa den på bolaget. Detta skulle i så fall kunna ses som en inskränkning av etableringsfriheten i artikel 48 om det blir olika utslag beroende på huruvida det är ursprungsstaten eller mottagarstaten som tillämpar sig av sätesprincipen.<sup>27</sup>

Den tyske professorn Wulf-Henning Roth ger i artikeln *From Centros to Überseering: Free movement of Companies, Private International Law and Community Law* ett tyskt perspektiv på målet *Überseering* och menar till skillnad från Maria Nelson att domen istället är uppseendeväckande och förvånande på grund av flera orsaker. Han menar att domstolen i *Überseering* tar flera steg tillbaka från sina tidigare argument stadgade i *Daily Mail* domen. Domstolen utökar därmed utrymmet för etableringsfriheten för bolag genom att ge artiklarna 43 och 48 i fördraget direkt effekt.<sup>28</sup>

Domen begränsar samtidigt etableringsfriheten i förhållande till erkännande av bolag bildade enligt en annan medlemsstats rättsordning genom att inte omfatta utflyttande. Domstolen upprepar argument från *Daily Mail* som menar att bolag måste följa vissa lagar och regler. Domstolen erkänner i domen att de använt sig av alltför generella ordalag i *Daily Mail* domen och återdefinierar den nu, efter *Überseering*, mer begränsade etableringsrätten enligt artikel 43

---

<sup>26</sup> Nelson M., NTS 2002:4, s.436

<sup>27</sup> Ibid, s.435f

<sup>28</sup> Roth Wulf-Henning, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, Oxford Journal – International and Comparative Law Quarterly, volume 52, Issue 1, January 2003, s.205f

och 48. Genom denna nya definition på hur Daily Mail bör tolkas, anser Wulf-Henning Roth att Daily Mail spelat ut sin roll i rättspraxis.<sup>29</sup>

Kritik ges i artikeln om hur lätt samt domstolen tar på argumenten anförda av Tyskland angående skyddet av allmänintresset såsom skydd för minoritetsägare och skydd för anställda. Wulf-Henning Roth skriver att domstolen bara kort tar upp frågan och att sådana intressen ”under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor”<sup>30</sup> kan motivera en begränsning av etableringsfriheten, vilket Roth menar ger avsaknad av ageringsmöjligheter. Roth anmärker på att domstolen bara går halvvägs genom att lämna frågan om utflyttning av en medlemsstat utan bara inflyttning i densamma. I hårda ordalag kritiserar han även ordval, språk och inställning hos EG-domstolen. Wulf-Henning Roth tycker i sin artikel att domstolen mycket olyckligt har grundat de sista paragraferna i domen på att tysk rätt i *Überseering* målet inte ger något alternativ till återinkorporation av bolagen. Detta har, enligt Roth, domstolen fattat fel.<sup>31</sup>

Karsten Engsig Sørensen skriver i sin artikel *EU-domstolens senaste praxis om selskabsret: Überseering og hovedsaedeteorien* om områdets senaste utveckling. Han menar att konsekvensen av domen är att medlemsstaterna inte längre fullt ut kan använda sig av sätesprincipen i förhållande till bolag som är bildade i en annan medlemsstat.

Han tar upp fyra olika situationer där sätesprincipen kan komma att innebära följande konsekvenser för bolaget i fråga.

- 1) För det första kan det handla om ett bolag som är bildat utanför EU men vill ha sitt faktiska säte i en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen. I dessa fall innebär inte artiklarna 43 och 48 i fördraget någon begränsning av etableringsfriheterna, eftersom dessa endast tillkommer bolag bildade inom en medlemsstats rättsordning.
- 2) En andra situation kan innefatta bolag inom den egna medlemsstaten, något som inte heller innebär begränsning av unionens etableringsrätt. Varje medlemsstat väljer själv hur den nationella lagstiftningen skall se ut och vilka restriktioner och liknande som

---

<sup>29</sup> Roth W-H., Oxford Journal– International and Comparative Law Quarterly, vol.52, Issue 1, Jan. 2003, s.206

<sup>30</sup> C-208/00 *Überseering*, p.92

<sup>31</sup> Roth W-H., Oxford Journal– International and Comparative Law Quarterly, vol.52, Issue 1, Jan. 2003, s.206f

skall tillämpas. Karsten Engsig Sørensen menar att sätesprincipen kan användas i ett protektionistiskt ändamål, vilket fortfarande inte skulle försäkra alla medlemsstaters bolag en fri flyttning över gränserna. Detta menar Engsig Sørensen är en god anledning till att noga överväga om man vid en harmonisering kan säkra att bolag exempelvis får möjlighet att flytta sin verksamhet från en medlemsstat till en annan.

- 3) Enligt den tredje alternativa situationen med sätesprincipen framgår det av *Überseering* domen att en medlemsstat inte kan tillämpa sätesprincipen i förhållande till ett bolag bildat i en annan medlemsstat, om det aktuella bolaget har förlagt sitt faktiska säte till förstnämnda stat. Om bolaget är bildat i en medlemsstat som använder sig av sätesprincipen och bildandestaten inte längre betraktar bolaget som existerande, kan mottagarstaten underlåta att erkänna bolaget. Rättigheterna i artikel 48 EG-fördraget gäller därmed bara rättsenligt bildade bolag som anses existera enligt ursprungsstatens rättsordning.
- 4) Den fjärde och sista situationen av sätesprincipens möjliga situationer är att det fortfarande följer efter domen i *Überseering* att en medlemsstat A inte kan neka eller underlåta att erkänna ett bolag som är bildat i medlemsstat B och har förlagt sitt faktiska säte till stat C, om inte medlemsstat B inte längre erkänner bolaget som rättsenligt.<sup>32</sup>

Domen *Überseering* har konsekvensen att bolag som är bildade i medlemsstater, som omfattas av inkorporationsprincipen, har fått möjlighet att flytta sitt faktiska säte till medlemsstater som tillämpar sätesprincipen, utan att dessa medlemsstater kan underlåta att erkänna deras rättskapacitet. Det är därmed bolag bildade i Danmark, Sverige, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Irland som kommer att omfattas av denna möjlighet, eftersom det är dessa medlemsstater som använder sig av inkorporationsprincipen. *Überseering* medför dock en uppluckring av ett traditionellt skyddande system som genom de protektionistiska lagtekniska regler som sätesprincipen innebär, värnar om minoritetsägare och anställda där ett kringgående av det stränga regelverket skulle underminera dessa skyddsregler. Om ett företag

---

<sup>32</sup> Engsig Sørensen Karsten, *EF-domstolens senaste praxis om selskabsret: Überseering og hovedsaetdesteorien*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2002:4, s.409f

nu istället kan verka i en medlemsstat, men inte behöver underkasta sig den stränga skyddslagstiftningen, kan hela den protektionistiska tanken vara urholkad.<sup>33</sup>

Mot bakgrund i domarna i Centros och Überseering måste bolagsrättsliga regler uppfylla vissa krav i medlemsstaterna, där de fyra första punkterna redan stadgades i Centros domen.

- 1) Reglerna får inte vara diskriminerande.
- 2) Reglerna skall vara grundade i en tanke om hänsyn till fordringsägare, minoritetsägare, anställda och skatteväsendet eller andra skyddsvärda intressen.
- 3) Reglerna skall vara ägnade att uppnå målet som de syftar till.
- 4) De skall inte gå utöver vad som kan anses vara nödvändigt för att uppnå målsättningen i EG-fördraget.
- 5) Reglerna får inte inskränka det elfte bolagsdirektivet, som har harmoniserat bolagsrätten avseende filialer av aktie- och handelsbolag. Detta direktiv reglerar ingående vilken information man kan kräva att få utav bolagen i den stat där de vill registrera en filial. Det skulle kunna vara vanskligt att kräva att ytterligare information lämnades, något som skulle vara en olycklig riktning av utvecklingen.<sup>34</sup>

Engsig Sørensen vill även erinra om att domstolen inte anser det vara ett kringgående av reglerna att välja att registrera sitt bolag i ett land som har mindre stränga rättsregler och att det inte i sig själv innebär ett missbruk av etableringsrätten att ett bolag ensamt har näringsverksamhet i andra medlemsstater än i den stat som bolaget är registrerat i. Det är genom detta klart att möjligheten för en medlemsstat att gripa in, när det kan betraktas vara ett kringgående av lagstiftningen, är väldigt begränsad i praktiken.<sup>35</sup>

#### **4 Regleringskonkurrens**

Genom historien har det skett en successiv avveckling av hinder för rörligheten av kapital och varor. Med Internet, datorer och mobiltelefoner utbyts information snabbt och fungerar som en slags katalysatoreffekt i världen. Tillsammans med avvecklingen av hinder för kapital och

---

<sup>33</sup> Engsig Sørensen K., NTS 2002:4, s.410

<sup>34</sup> Ibid, s.410f

<sup>35</sup> Ibid, s.413

varor får informationssamhället genomslag och blir en global överföring som binder ihop världens alla hörn.

Trots att det är positivt att få tillgång till en större marknad, har samtidigt hela världen fått tillgång till vår egen marknad, vilket innebär ökad konkurrens.

Eftersom våra rättsliga regleringar är skapade efter det nationella perspektivet, uppstår en del problem vad gäller regleringar i spåren av globaliseringen. Vi anpassar vår rättsliga reglering för att kunna ta del av nya investeringar och vår egen nationella lagstiftning blir influerad och påverkad av den globala marknaden. Vi konkurrerar med hjälp av våra regleringar på området.

Nationella beslutsfattare vill attrahera investeringskapital i syfte att få dem att etablera sig i landet. En rättslig miljö som är attraktiv för investeraren och innebär mindre hinder för denne, lockar till investeringar. Att investerare kan välja mellan hela den globala marknaden, har inneburit ökad makt för samhällets ekonomiska ledare, men detta synsätt förutsätter en stark tilltro till marknadsmekanismen. En mer attraktiv lagstiftning innebär i gengäld ett minskat utrymme för det nationella bestämmandet, vilket är ett demokratiproblem i sig. En uppfattning är att maktutövarna, politikerna, tappar greppet om makten till ekonomins drivkrafter och ledare.

Under det senaste decenniet har ordet globalisering fått stor uppmärksamhet och det internationella utbytet i världen har ökat markant. Världen blir mer och mer global hävdar förespråkare, men motståndare menar att en ny typ av utveckling är under uppseglande. Mitt i vår tids globalisering blir det lokala viktigare för den enskilde människan, som inte kan ta till sig hela det globala perspektivet i sitt vardagliga liv. Det lokala, oavsett nationsgränser, blir mer betydelsefullt för den enskilda individen. Globaliseringen marginaliserade de territoriella gränserna, samt förskjuter tyngdpunkten från det nationella till det lokala planet. Nationalstaten förlorar mark och ställs mot nya koncept och konstellationer som i mångt och mycket är ett resultat av en ny och innovativ teknik för informationsutbyte. Vissa menar att dessa två tendenser blandas i dagens samhälle och kan benämnas som en glocalisering.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Baylis John och Smith Steve (red.), *The Globalization of World Politics*, uppl.2, Oxford University Press, New York 2001, s.193

Den ekonomiska politiken blir som nämnt, allt mer viktig och den spelar en allt större roll när det gäller att göra Sverige attraktionskraftigt. För att locka folk och företag till Sverige och framför allt att förmå dem att stanna kvar, krävs att landet har en stabil ekonomi, goda kommunikationer, god utbildning och ett skattesystem som belönar sparande och företagande. Det blir allt svårare för Sverige att ta ut högre skatter än omvärlden eftersom landet då riskerar att företag och dess anställda flyttar utomlands. Det externa trycket i och med världsekonomin har lett till att Sverige under de senaste åren anpassat sig och blivit mer och mer likt de andra europeiska länderna.<sup>37</sup>

När politiska beslutsfattare i de olika länderna sätter igång denna attraktionsanpassning utvecklas situationen till en neråtgående regleringsspiral inom vissa områden, även kallad "race to the bottom" som innebär en regleringskonkurrens parter emellan. Detta fenomen existerar idag, även om det är omtvistat, men det är inte enbart ett "race to the bottom", utan är i vissa fall ett "race to the top".<sup>38</sup>

I situationer som handlar om regleringskonkurrens brukar åtskillnad göras mellan två typer av regler eller lagstiftningar, de produktrelaterade och de produktionsrelaterade. De produktrelaterade reglerna är normer om hur en produkt är sammansatt, exempelvis ett förbud mot att produkten får innehålla asbest. En risk för att utvecklingen går "nedåt", likt en neråtgående spiral som i ett "race to the bottom", är i stort sett obefintlig vad gäller produktrelaterade normer, utan kan istället få situationer där normkraven ökas och det blir ett "race to the top". De produktionsrelaterade reglerna påverkar inte produktens prestanda, utan reglerar förhållandet under vilka produktion får ske, t.ex. i arbetsskyddslag, miljölag och skattelag.<sup>39</sup>

Regleringskonkurrens kan ha olika stor påverkan på stater beroende på vilka stater det handlar om. Betydelsefulla faktorer för en sådan påverkan är kvaliteten på statens infrastruktur, utbildningsnivå, naturtillgångar och hemmamarknadens storlek. Det är "sannolikt att de stater som riskerar att drabbas hårdast av regleringskonkurrens är resurssvaga stater, vilka saknar andra instrument för att attrahera investeringar än låga löner och låga nivåer rörande skydd för

---

<sup>37</sup> Eklund Klas, *Vår Ekonomi – En introduktion till samhällsekonomin*, uppl.8, Prisma, Stockholm 1999, s.432

<sup>38</sup> Cramér Per, "Utgångspunkter för en rättsvetenskaplig studie av fenomenet regleringskonkurrens – om rättslig reglering i ett globaliserat ekonomiskt system", särtryck ur Lindahl R. och Jännebring B. (red.), *Forskning om Europafrågor vid Göteborgs Universitet*, Centrum för Europaforskning vid Göteborgs Universitet, Göteborg 2001, s.64f

socialt motiverade intressen såsom miljö, produktsäkerhet etc.”<sup>40</sup> Då ligger framförallt u-länderna i farozonen. Vissa stater är mer eller mindre immuna mot denna typ av ”globalt race to the bottom” eftersom de inte är ekonomiskt beroende av utrikeshandeln. Exempel på sådana stater är Japan, USA och EU som helhet. Likheten mellan dessa tre är att deras utrikeshandel inte överstiger mer än en tiondel av BNP. Det är heller inte troligt att alla länder konkurrerar med varandra utan framför allt stater som liknar varandra, i förutsättningar och behov.

Är regleringskonkurrensen en verklighet eller bara en föreställning eftersom den inte kunnat bli empiriskt bevisad? Om föreställningen om regleringskonkurrens är tillräckligt stark blir den självförverkligande. Denna typ av debatt har dock fortgått sedan 1930-talet då begreppet ”race to the bottom” myntades av en amerikansk domare i samband med anti-trust lagstiftningarna. Det finns olika faktorer bakom att regleringskonkurrens har blivit ett problem just i dagens samhälle och en av de främsta är troligen att den internationella varuhandeln har liberaliserats genom olika mellanstatliga avtal. Det finns mycket fler handelsförbund och sammanslutningar nuförtiden än för bara ett antal år tillbaka i tiden. Restriktioner vad gäller kapitalflöden har avreglerats i allt större utsträckning och det går i linje med EU:s ”fyra friheter”. Fler och fler länder har infört marknadsekonomi efter Kalla krigets slut och med ett ökad intresse för privatiseringar är aktörerna fler ute på marknaderna och det innebär i sin tur större konkurrens om kunderna.<sup>41</sup>

De territoriella områdena blir inte lika viktiga som tidigare och investeringskapital kan fritt röra sig internationellt, utan att i någon större utsträckning behöva tänka på tid eller rum, som inte får samma betydelse med Internet och ökade transaktionshastigheter. En global arbetsfördelning sker och den tekniska utvecklingen har i många fall varit nyckeln till detta, tillsammans med fallande transportkostnader i världen. Den ekonomiska makten utmanar den politiska makten, där det blir allt svårare för den nationella lagstiftningen att styra och att de territoriella gränsers betydelse sakta eroderas. Det blir ett minskat nationellt handlingsutrymme för politiker och även jurister i framtiden. Stater vill, för att attrahera investeringskapital, skapa en rättslig miljö som är så attraktiv som möjligt för investeraren.

---

<sup>39</sup> Cramér P., 2001, s.71

<sup>40</sup> Ibid, s.71 st.1

<sup>41</sup> Ibid, s.68

Det finns för en stat två sätt att ta sig ut ur en "race to the bottom" d.v.s. en neråtgående spiral vad gäller lagstiftning. Protektionistiska åtgärder är kanske det första man kommer att tänka på, vilket förr har motarbetats, men är på uppgång igen som företeelse. Ett annat sätt att ta sig ur ett "race to the bottom" är olika typer av beslut om gemensamma minimiregler på områdena som mer eller mindre är en harmonisering av rättsreglerna. Ett exempel på det kan vara EU:s harmoniseringsarbete, men WTO har där valt motsatt väg att gå och varken använda sig av protektionistiska åtgärder eller harmoniserade minimiregler.

#### **4.1 Delaware-effekten**

I USA har regleringskonkurrens funnits dokumenterad sedan länge och då främst mellan delstaterna där de har olika rättsliga regleringar.

Ett exempel på ett resultat av regleringskonkurrens är inom den associationsrättsliga lagstiftningen för aktiebolag i USA. Många hävdar att regleringskonkurrens inte är något att eftersträva, utan att den endast kommer att försvaga staternas lagstiftning. En av delstaterna i USA, Delaware, har i den europeiska debatten fått stå som exempel på hur en negativ utveckling av regleringskonkurrens kan se ut. Företeelsen i USA och exemplet i Delaware har kallas för Delaware-effekten. Delstaten har lyckats attrahera ungefär hälften av alla bolag som är registrerade på New York Stock Exchange, men få av bolagen har sin faktiska verksamhet där. En av attraktionskrafterna hos Delaware är den milda lagstiftningen inom bolagsrätt.<sup>42</sup>

Incitament för att regleringskonkurrens skall kunna pågå är att på olika sätt locka till sig bolag som vill registrera sig under statens lagstiftning. Det är främst fiskala faktorer som har den största effekten vad gäller valet av stat. Andra faktorer kan vara vilket perspektiv den aktuella bolagsrätten har, vad som är ett skyddsvärt subjekt, där det i många fall i Europa är kreditörerna tillskillnad från i USA där aktieägarnas vinst är av större betydelse. Orsaker till varför regleringskonkurrens inte skulle fungera är exempelvis konsekvenserna av harmonisering inom rättsområdet. Språk och kulturella traditioner spelar också en stor roll för att konkurrensen skall kunna uppstå. Om det finns språkbarriärer kan det vara ett stort

---

<sup>42</sup> Søndergaard Birkmose Hanne, "The Fear of the Delaware-effect – The American Demon?", i Neville M. och Engsig Sørensen K. (red.), *The Internationalisation of Companies and Company Laws*, DJØF Publishing, Köpenhamn 2001, s.243f



problem när ett bolag vill registrera sig i just denna stat. Lagstiftningen skulle troligtvis bara finnas på ett främmande språk och missförstånd kan lätt uppkomma.<sup>43</sup>

Orsaken till att USA tas som exempel är att EU tidigare har följt USA i sin utveckling och har mycket gemensamt. För det första vilar USA på ett system där individuella stater själva styr över sin lagstiftning med undantag från vissa federala regler. Systemet är väldigt likt det vi nu har inom EU där staterna själva får lagstifta, såtillvida det inte utfärdats ett direktiv inom området, som i så fall skall gälla för alla stater inom Unionen. För det andra tillåter friheten att välja rättsordning en konkurrens mellan staterna om vilken delstat som kan konkurrera med den bästa lagstiftningen. Det är dock en tolkningsfråga och en fråga om vilket perspektiv som intas i frågan om vad som kan kallas för den bästa lagstiftningen. USA använder sig av inkorporationsprincipen, där det inte spelar någon roll vart det faktiska sätet är placerat i federationen. Det finns en risk att denna typ av "forum shopping" hos bolagen försvagar staternas lagstiftning, vilket har anförts som ett argument för sätesprincipen. Eftersom många av medlemsstaterna använder sig av sätesprincipen inom EU, har "forum shopping" inte varit något utbrett problem. Debatten har efter domen i Centros målet kretsat kring om denna skulle kunna påverka utvecklingen av "forum shopping" i negativ riktning.<sup>44</sup>

Innan Centros domen avkunnades av EG-domstolen var sätesprincipen en utspridd princip som skyddade mot att "forum shopping" skulle kunna existera. Efter domen är det dock mer osäkert hävdar vissa textförfattare. Centros domen medför att det inte är förbjudet att öppna ett dotterbolag eller filial i en medlemsstat, samtidigt som man är registrerad i en annan där bolaget inte har någon näringsverksamhet. Staterna får inte vägra att erkänna en sådan bolagsgren. Detta öppnar väg för en viss regleringskonkurrens, menar Søndergaard Birkmose. Det är därmed inte sagt att sätesprincipen helt utmanövrades i och med Centros domen, utan att den fortfarande är en gällande princip i EU.<sup>45</sup>

Karsten Engsig Sørensen argumenterade, innan Überseering domen avkunnades, för att harmonisera lagstiftningarna för de olika medlemsstaterna, inte bara syftade till att rakt igenom uppnå syftet med etableringsfrihet enligt EG-fördraget, utan även att man inte heller vill få ett "Europas Delaware", där federationer, varje delstat, konkurrerar med varandra.

---

<sup>43</sup> Søndergaard Birkmose H., 2001, s.264ff

<sup>44</sup> Ibid, s.244f

<sup>45</sup> Ibid, s.253f

Effekten skulle dock inte bli så omfattande som Delaware-effekten blivit för USA, eftersom en viss harmonisering redan skett i gemenskapen på bolagsrättens område. Centros domen manar till ytterligare harmonisering och integration, men Engsig Sørensen utesluter ändå inte risken för att vissa enstaka land skulle kunna bli ett "Europas Delaware", vilka i så fall skulle bli Storbritannien eller Irland.<sup>46</sup>

Det har efter Centros domen avkunnats dom i målet *Überseering*, vilken i sin tur stadgade att medlemsstaterna måste erkänna rättskapacitet till de bolag som genomför ett nationalitetsskifte och vill behålla sin identitet. Domen medför en uppluckring av de protektionistiska lagtekniska regler som sätesprincipen innebär. Protektionistiska regler kan fungera som skyddsregler där det värnas om minoritetsägare och anställda och där ett kringgående av det stränga regelverket skulle underminera dessa skyddsregler. Karsten Engsig Sørensen menar att om ett företag nu kan verka i en medlemsstat, men inte behöver underkasta sig den stränga lagstiftningen kan hela den protektionistiska tanken bli urholkad. Karsten Engsig Sørensen fortsätter vidare att det också kommer att finnas dem som hävdar att utvecklingen blir en europeisk Delaware-effekt. Engsig Sørensen påpekar dock att en sådan effekt inte nödvändigtvis måste bli en negativ utveckling.<sup>47</sup>

## 5 EG-domstolens roll och Unionens framtid

EG-fördraget drar upp riktlinjerna för hela Unionens arbete. De tre största institutionerna i Gemenskapen är Kommissionen, Rådet och Europaparlamentet, vilka har kompetens att lagstifta om vilken fråga som helst inom ramen för fördraget, med övervakning av EG-domstolen.<sup>48</sup>

De bolagsrättsliga direktiven fungerar som lag även enligt de nationella lagstiftningarna. Det betyder att EG-domstolen har kompetens att tolka stora delar av de existerande bolagsrättsliga reglerna i Europa. Relativt sett finns det få utslag avseenden tolkning av de bolagsrättsliga direktiven vid jämförelse med tolkning av EG-fördragets innehåll.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Engsig Sørensen Karsten, *Centros Ltd-afgørelsen og dens konsekvenser*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 1999:2, s.103ff

<sup>47</sup> Engsig Sørensen K., NTS 2002:4, s.410

<sup>48</sup> Steiner Josephine och Woods Lorna, *Textbook on EC-law*, uppl.7, Blackstone Press., Hampshire 2000, s.35f

EG-domstolen ligger i Luxemburg och är Unionens egen domstol. Dess kompetensomfattning stadgas i artikel 234 i EG-fördraget. Enligt denna artikel är domstolen behörig att meddela tolkningsutlåtanden, med andra ord förhandsavgöranden, angående tolkningen av fördraget, giltigheten och tolkningen av rättsakter samt tolkningen av stadgar för organ som upprättats genom rättsakter som beslutats av Rådet.

När en nationell domstol är den sista instansen för ett mål, är den principiellt inte själv behörig att tolka EG-rättens innehåll. Den nationella domstolen måste då lämna en förfrågan om ett förhandsavgörande till EG-domstolen, som i sin tur har kompetens att tolka EG-rättens innebörd och tillämpning. Om situationen skulle vara ”problemfri” i relation till innebörden av EG-rätten, får den nationella domstolen dock avkunna en dom utan att framställa en tolkningsfråga till EG-domstolen. Det skulle i sådana fall ske enligt den s.k. *acte clair*-doktrinen<sup>50</sup>. Mot bakgrund i EG-domstolens kompetensregler skulle det lätt kunna antas att ett flertal tolkningsfrågor angående direktiven skulle bli framställda, men det är förvånansvärt att så inte är fallet, menar Karsten Engsig Sørensen.<sup>51</sup>

Många av fördragets artiklar innehåller tillräckliga riktlinjer för att artikeln skall kunna bli direkt tillämplig, enligt ordalydelsen i fördraget, i vart och ett av medlemsstaterna. Andra artiklar kräver ytterligare implementeringsåtgärder för att de skall kunna bli juridiskt tillämpligt i de enskilda staterna. I artikel 94 EG-fördraget stadgas att ”tillnärmning” skall ske, vilket även kan betraktas som en uppmaning till harmonisering. Artikel 95 EG-fördraget föreskriver liknande innebörd genom formuleringen ”...om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.”<sup>52</sup> De nämnda artiklarna visar i fördraget på ett påbud att harmonisera, men kan skilja sig från den praktiska verkligheten.<sup>53</sup>

EG-domstolens resonemang är pragmatiskt, baserat på de generella målen och andan i EG-fördraget. Stater skrev frivilligt på EG-fördraget, som gav Gemenskapens institutioner behörighet att företa åtgärder och ingå juridiskt bindande avtal för dem. Medlemsstaterna gick även med på att ge EG-domstolen kompetensen att kontrollera de andra institutionerna,

---

<sup>49</sup> Engsig Sørensen Karsten, *EF-domstolens fortolkning af selskabsdirektiverne*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 1999:2, s.79

<sup>50</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.477f

<sup>51</sup> Engsig Sørensen K., NTS 1999:2, s.81

<sup>52</sup> Artikel 95 p.1 EG-fördraget

däribland Kommissionen. Den Europeiska Unionen är en mellanstatlig organisation, som inte skulle överleva om medlemsstaterna var fria att gå emot EG-fördraget eller andra rättsakter som de skrivit på. Om målen skall kunna uppnås inom Unionen krävs att alla medlemsstater lyder under samma regler.<sup>54</sup>

I de fall som läget står stilla politiskt finns det en debatt huruvida domstolen gör politikernas arbete eller inte. Debatten handlar till stor del om ifall domstolen för Gemenskapens rätt framåt och tar de politiska beslut som de andra institutionerna inte kan eller vill ta. Om förhandlingarna har strandat och medlemsstaterna inte kommer överens är det omöjligt att Unionen i dess nuvarande form kunna skall komma till beslut, vilket i många fall kräver enhällighet. Eftersom EG-fördraget ligger fast, kan en tolkning av EG-domstolen vara det enda sättet att komma vidare i ett politiskt fryst läge. Det är dock väldigt känsligt, både politiskt och juridiskt tekniskt, eftersom det i så fall skulle ligga utanför domstolens uttryckliga kompetens i fördraget.<sup>55</sup>

I oktober 1997 skrev medlemsstaterna under ett nytt fördrag, Amsterdamfördraget, som började gälla i maj 1999. Amsterdamfördraget innebar en del förändringar, bl.a. togs Schengen-uppgörelsen med i EG-fördraget, något som tidigare tillhört den tredje pelaren inom EU. Sammantaget visade förändringarna i fördraget på en utveckling med tyngdpunkten bort från de traditionella samarbetsområdena som ekonomi och handel, till en mer politisk idé grundad på fundamentala rättigheter och principer. EG-domstolens jurisdiktion utökades i relation till Schengen och polisiära frågor, medan den i andra frågor blev inskränkt i och med Amsterdamfördraget. En stor förändring är att medlemsstaterna numera själva kan välja om de vill fördjupa sitt engagemang i EU eller stå kvar vid nuvarande position. Det har tidigare stadgats i enskilda dokument, exempelvis att inte alla medlemsstater var tvungna att gå med Unionens monetära samarbete. Genom Amsterdamfördraget finns det en speciell artikel, artikel 11, som föreskriver denna möjlighet, vilket visar på en slags flexibilitet. Samtidigt som möjligheten till avslag på farten i samarbete kan göras, innebär fördraget även en tätare samverkan för de medlemsstater som önskar den vägen. Kritiker menar att denna möjlighet kan underminera hela idén bakom Unionen, genom att solidariteten som samarbetet bygger på

---

<sup>53</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.35f

<sup>54</sup> Ibid, s.89

<sup>55</sup> Shapiro Martin och Stone Sweet Alec, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford University Press, New York 2002, s.263ff

luckras upp. Om inte både fördelar och nackdelar inom Unionen delas lika mellan medlemsländerna, finns det en risk att de senaste årtiondenas samarbete splittras.<sup>56</sup>

Steiner och Woods skriver att det finns ett problem med två visioner av hur EU skall utvecklas, den mellanstatliga och den federala. Den mellanstatliga framtidssynen karaktäriseras av att beslutsfattandet kontrolleras av medlemsstaterna själva och att alla medlemsstaters samtycke krävs för att få igenom beslut. Detta sätt är det vanliga inom internationella organisationer som exempelvis WTO. EG-fördraget, utan den nytilagda polisiära delen i och med Amsterdamfördraget, liknade den mellanstatliga organisationen. Numera går utvecklingen mer och mer bort från en helt mellanstatlig organisation genom att en del, för en mellanstatlig organisation, ovanliga omständigheter föreligger.

- a) Utvecklingen av självständiga institutioner som till en viss utsträckning kan fatta beslut och stadga principer oberoende av medlemsstaterna. EG-domstolen har där spelat en stor roll i att utveckla dessa principer.
- b) Omfånget av kompetensen som gäller för organisationens institutioner och i vilken utsträckning de kan agera. Inom dessa områden har medlemsstaterna själva begränsat sin egen kompetens och sin frihet att företa egna åtgärder.
- c) Systemet för att godkänna lagstiftning för EU som innebär att en medlemsstat kan tvingas att införa en lag som staten inte har godkänt.
- d) I den utsträckning som EG-rätt är överlägset den nationella rätten, vilket kan aktualiseras av enskilda medborgare i medlemsstaterna i de nationella domstolarna. Även här har EG-domstolen spelat en betydelsefull roll.

Att de polisiära delarna av samarbetet har förts över till EG-fördraget innebär att de inte längre omfattas av de mellanstatliga pelarna inom Unionen. De lyder istället under EG:s institutioner, vilket även kan sägas medföra fördelar för en mer övernationell syn. Vissa hävdar att denna omformning av pelarna inom Unionen är det första steget mot en federal superstat och att det skall ses som ett försök att skapa en "Eurostat". Andra menar att förändringen medför ett bättre och ännu närmare samarbete. Det är lätt att dela upp rösterna i

---

<sup>56</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.7ff

för- eller emot Europa, något som man bör akta sig för, menar Steiner och Woods. Det finns en skillnad mellan politisk retorik och juridisk realitet, vilken man bör hålla i minnet för att inte göra alltför snabba generaliseringar av stater. Amsterdamfördraget har försökt att kompromissa genom flexibilitet för medlemsstaterna samtidigt som det är en fortsatt ökade kompetensfördelning för EU:s institutioner. Steiner och Woods varnar för att flexibiliteten kan splittra Europa istället för att ena. Kan staterna inte komma överens, kan splittringar och grenar uppstå inom organisationen, vilket motverkar en enad front utåt sett.<sup>57</sup>

Ju mer utvecklingen under de senaste åren har gått mot en närmare och mer sammanhållen union, har trycket utifrån, från andra europeiska stater, blivit hårdare på att få sluta samarbetsavtal med EU eller att få bli medlemmar. Ansökan om fullt medlemskap i EU har tagits emot från ett tiotal stater där samtliga har börjat sina förändringar mot fri handel och ett fullvärdigt medlemskap. Vid år 2010 finns det planer på att det skall vara så många som 28 länder i den Europeiska Unionen, något som framtiden får utvisa.<sup>58</sup>

Hur blir det då i framtiden för EU? Vilka är planerna för Unionens framtid? De nya staterna som vill bli medlemmar i EU är främst f.d. östblocksstater. Varje stat som skall bli medlem i EU måste anpassa sin rättsordning efter EG-rätten, vilket gör att landet under den första tiden inte helt kan efterleva, exempelvis EG-fördraget. Denna transportsträcka riskerar att bli än större för de f.d. östblockstaterna, som fortfarande kan ha bräckliga demokratier och ekonomier. Att bli fler innebär både fördelar och nackdelar. En stor fördel är att EU blir ett ännu tyngre namn internationellt sett och får i stor omfattning auktoritet i världen där en balans till USA kan ske. Det finns även nackdelar som att unionen blir mer heterogen. Med en mer heterogen union lär det bli svårare att fatta beslut, vilket kan sätta käppar i hjulet för unionens handlingskraft. Ett annat orosmoment vad gäller expansionen av den Europeiska Unionen är ekonomin. Även om det finns en hel del minimistandarder som skall vara uppfyllda för att ett land skall få bli en fullvärdig medlem, så kommer en stor del av EU:s ekonomi gå till att bygga upp bl.a. de nya staternas infrastruktur, vars klass inte är speciellt hög i de f.d. östblocksstaterna. I och med att många av dessa stater även är jordbruksstater, kommer den ekonomiska biten att påverka ett stort antal av de nuvarande medlemsstaterna.

---

<sup>57</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.10f

<sup>58</sup> Ibid, s.11f

Kommer då unionens intresse att gälla eller kommer medlemsstaterna att tänka på det nationella intresset? Det är inte alltid som de två intressena står i överensstämmelse.<sup>59</sup>

Anna Lindh, Sveriges utrikesminister, menar att Sverige kommer att märka utvidgningen av Unionen främst genom att samarbetet med länderna runt Östersjön blir enklare. Hon spår att handeln kommer att öka, att det blir bättre villkor för företagen och att vi får mycket bättre möjligheter att värna om miljön. Nackdelar med en utvidgning av antalet medlemsstater anser Anna Lindh handlar främst om ökad brottslighet över gränserna. Dock menar utrikesminister Lindh att detta problem står vi redan inför, men att utvidgningen även främjar samarbete mot den typen av brottslighet.<sup>60</sup>

## **5.1 Harmonisering eller inte? – EG-rättens bolagsrättsliga utveckling**

Redan under 1960-talet påbörjades ett harmoniseringsarbete på bolagsrättens område med stöd av Romfördraget, inom den gemenskap som vi idag kallas den Europeiska Unionen. En minsta gemensam minimistandard i den nationella bolagsrätten skulle uppnås medelst direktiv på olika delområden. Genom att beta av delområde efter delområde med direktiven, skulle den gemensamma minimistandarden främja gemenskapens etableringsfrihet.

Det första bolagsdirektivet lades som förslag 1964 och antogs fyra år senare, 1968. Kommissionen lade därefter kontinuerligt förslag till nya direktiv. Vissa antogs, men vissa ligger än idag kvar som förslag, något som säkerligen inte kommer att ändra sig ens i framtiden.

Det finns inte någon röd tråd eller grundläggande filosofi bakom direktiven, men de kan alla sägas vara starkt influerade av Tysklands och Frankrikes utveckling på bolagsrättens område under 1950 och 1960-talen. Det finns därför en kraftfull betoning på borgenärsskyddet och en strävan att söka uppnå detta genom detaljerade regler till skydd för bolagets eget kapital.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.12f

<sup>60</sup> Intervju med Sveriges utrikesminister Anna Lindh, uppdaterad 23 januari 2003, [www.utrikes.regeringen.se/fragor/eu/intervju\\_annalindh\\_2003.htm](http://www.utrikes.regeringen.se/fragor/eu/intervju_annalindh_2003.htm), 2003-08-26

<sup>61</sup> Skog Rolf, *Harmoniseringen av bolags- och börsrätten inom EU – ny vind i seglen*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2001:3, s.332

Under de senaste decennierna har det som bekant skett en snabb teknisk utveckling och även en markant förändring i det europeiska näringslivet och den europeiska kapitalmarknaden. Trots detta har direktiven legat fast och inte föranlett någon ändring. Det i sin tur har gjort att harmoniseringsarbetet har ifrågasatts och kritiserats för att vara gammaldags och stelbent. Harmoniseringen sätts på spel, enligt kritikerna, och riskerar att leda till en förstelning av den europeiska bolagsrätten. Kritiken har lett till att det till viss del är en ny inställning till harmonisering i allmänhet inom Unionen. Det anses fortfarande vara viktigt att genom harmonisering kunna uppnå målet med den inre marknaden, men att tyngdpunkten på hur detta skall göras har ändrats. Efter erfarenhet inom området, bestämde Kommissionen att målet om en fri inre marknad till i början av år 1992, skulle mötas med en ny inställning till harmonisering. Meningen var att denna nya inställning skulle få ett slut på tidigare fruktlösa försök till att få gemensamma standarder och regleringar. Den nya inställningen baserades på två kriterier:

- a) Harmoniseringen av nödvändiga skydd och standarder vilka är tillämpliga på aktiviteter i helhet.
- b) Inom ramen, acceptans av andra medlemsstaters standarder på en bas av ömsesidigt erkännande och förtroende, på en princip om en egen stats kontroll och övervakning.

I Maastricht-överenskommelsen kodifierades principerna proportionalitet och subsidiaritet, vilket gör att harmoniseringsarbetet nu har fått en annan form. Det är numera större fokusering på regler som är viktiga i ett övernationellt och gränsöverskridande perspektiv och som inte kan uppfyllas på ett tillfredställande sätt genom åtgärder i varje enskild medlemsstat. En annan förändring i harmoniseringsarbetet är att direktiven blivit mindre detaljerade och det har även startats en viss omprövning av materialet i gamla direktiv. För att hitta överensstämmelse med näringslivet och även den akademiska världen, har synpunkter utväxlats och kommunikationen med utomstående parter ökat. I denna anda har en expertgrupp på sju personer tillsatts med representanter från näringslivet, myndigheter och universitet för att analysera och lämna förslag om inriktning på det framtida harmoniseringsarbetet inom bolagsrättens område.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Skog R., NTS 2001:3, s.332f



Harmoniseringsarbetet inom den Europeiska Unionen inom bolagsrättens område har pågått i drygt 30 år. Resultaten har varit betydelsefulla, men de motsvarar inte den politiska ambitionen att skapa en integrerad marknad som inte störs av skillnader i de nationella regelverken. Det har ännu inte uppnåtts. Eftersom få eller inga direktiv inom bolagsrätten har uppdaterats sedan de beslutades, hämmar de i vissa fall upp utvecklingen av ytterligare harmonisering. Europa saknar ett gemensamt regelverk på de finansiella marknaderna, samtidigt som man i de flesta medlemsstater har en gemensam valuta, euron. Det kan ställa till problem. De flesta är dock överens om att nya infallsvinklar måste tas för att Unionens regelverk ska kunna hålla jämna steg med utvecklingen inom det europeiska näringslivet. Rolf Skog menar att det i vissa avseenden kan innebära en avreglering, medan det i andra hänseenden kan innebära en ökad detaljstyrning på gemenskapsnivå, något som kanske inte alla medlemsstater är beredda att acceptera.<sup>63</sup>

### **5.1.1 Artikel 5 EG-fördraget: Subsidiaritetsprincipen**

När ordet subsidiaritet slås upp i en ordbok ges svaret att det handlar om en princip där beslut skall tas på den lägsta möjliga nivån i en regering eller organisation, hellre än att alltid ta beslut på en hög nivå.<sup>64</sup>

Subsidiaritetsprincipen är sedan Maastricht avtalet inkorporerad i fördraget genom artikel 5 (tidigare artikel 3b). Trots att ordet subsidiaritet är relativt välkänt, finns det en tveksamhet vad gäller dess egentliga innebörd. Artikelns första stycke leder inte till några problem, utan stadgar att gemenskapen skall handla inom de ramar som fördraget sätter upp. Detta stadgar en form av legalitetsprincip. Det andra stycket av artikel 5 innebär däremot mer av tolkningsproblem.<sup>65</sup>

”På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av

---

<sup>63</sup> Skog R., NTS 2001:3, s.350f

<sup>64</sup> Macmillan Education, *Macmillan English Dictionary for advanced learners*, Bloomsbury Publishing, Kina 2002, s.1431 ”subsidiarity”

<sup>65</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.40

den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.”<sup>66</sup>

Detta stycke hade inte medfört några praktiska tolkningsproblem om det klart och tydligt i fördraget hade stadgats om vilka områden som Gemenskapen har exklusiv kompetens, vilket det i dagsläget inte gör. Kommissionen har argumenterat för att de exklusiva kompetensområdena för Gemenskapen, är områden som relaterar till att skapa en fri inre marknad. Exempel skulle kunna vara flyttande av varor, personer och tjänster. Andra områden som Kommissionen även menar inkluderar i denna kompetens är frågor som hör samman med handels- och jordbrukspolicy. Kommissionens argument för vilka exklusiva kompetensområden som innefattas är debatterade och den exakta innebörden av ordet subsidiaritet är inte helt utredd. Den enda möjligheten för att dessa frågor skulle kunna bli avgjorda en gång för alla, skulle vara att det gjordes ett tillägg i fördraget där de exklusiva kompetensområdena för Gemenskapen togs upp, eller att EG-domstolen avkunnade en dom innefattande frågorna. Trots att Amsterdamfördraget har ett tilläggsprotokoll om just subsidiaritet, sätts inte gränserna upp för hur långt Gemenskapens exklusiva kompetens skall sträcka sig.<sup>67</sup>

Författare inom EG-rättens område menar att det är möjligt att bryta ner det andra stycket i artikel 5 i mindre beståndsdelar.

- a) ”På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om den i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna...”
- b) ”...och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.”

Några frågor förblir, trots Amsterdamfördraget, olösta. Skall ett komparativt test göras i en fråga huruvida det är effektivt eller inte, att genomföra åtgärden i medlemsstaten eller på gemenskapsnivå? Detta skulle kunna vara till fördel för åtgärder på gemenskapsnivå när det

---

<sup>66</sup> Artikel 5 st.2 EG-fördraget

<sup>67</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.40f

sätts i kontexten av att uppnå mål runtom i hela Unionen, menar författarna Josephine Steiner och Lorna Woods. Hur skall det passa in på den definition på subsidiaritet som återfinns i inledningen av EG-fördraget, vilken stadgar att subsidiaritetsprincipen går ut på att beslutstagandet skall göras så nära unionens medborgare som möjligt? Att göra ett sådant test utesluter i praktiken uppbyggandet av ett grundläggande socialt ansvar, vilket skulle kunna läggas in i ordets betydelse. Unionsfördragets första artikel (tidigare artikel A) tar upp att besluten skall fattas så öppet och så nära medborgarna som det är möjligt, vilket bekräftar subsidiaritetsprincipens betydelse och tangerar frågan om fostrandet av socialt ansvar. Fortsättningsvis, hur skall vi tolka ”tillräcklig utsträckning” som artikel 5 föreskriver? Skall en sådan fråga ta sikte på åtgärdens omfattning eller verkning? Det är följaktligen ett flertal spørsmål som inte ännu är utredda i EG-rättens praxis eller fördrag.<sup>68</sup>

Amsterdamfördraget gav inte någon klarhet i hur vi skall tolka subsidiaritetsprincipen trots att dess tilläggsdokument siktade på att utröna denna problematik, men det drog upp tre kriterier angående den exklusiva kompetensrätten hos Gemenskapen.

- a) Ämnet har en transnationell aspekt som inte i tillräcklig utsträckning kan bli reglerad i andra medlemsstater.
- b) Åtgärder av medlemsstaterna kan komma att stå i strid med EG-fördragets krav vad gäller exempelvis den inre marknadens bestämmelser.
- c) Åtgärder på gemenskapsnivå skulle skapa klara fördelar med tanke på dess omfattning och verkningar.

Kriterierna ifråga menas göra rättsläget än svårare att fastställa, istället för att underlätta tolkningen. Det finns inga regler i Amsterdamsfördragets tilläggsdokument för hur de tre kriterierna skall tolkas i förhållande till varandra, något som gör att det är ovisst om de tre är kumulativa eller alternativa till varandra. Vissa författare på området har hävdad att dessa frågor i vilket fall som helst, inte kan avgöras av EG-domstolen på grund av sin politiska karaktär.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.41, 124f

<sup>69</sup> Ibid, s.41

Det tredje och sista stycket i artikel 5 EG-fördraget föreskriver:

”Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.”<sup>70</sup>

Stycket ovan är ett påbud om proportionalitetsprincipen som tillsammans med subsidiaritets- och legalitetsprincipen genomtränger hela gemenskapsrätten. Proportionalitetsprincipen ger medlemsstaterna möjligheten att själva fylla i detaljerna efter det att Gemenskapen har dragit upp riktlinjer. Detta skulle, enligt Steiner och Woods, följa den ”nya” tillnärmelsen av harmonisering som antagits av gemenskapens institutioner för att försäkra slutförandet av en fri inre marknad.<sup>71</sup>

## **5.2 Rådets fjortonde bolagsdirektiv**

Sätes- respektive inkorporationsprincipen är som visats ovan två kolliderande principer och denna kollision är hinder för att en verklig etableringsfrihet skall kunna existera. Principerna tar olika utgångspunkter i hur vi skall utläsa vilket lands rättordning som är tillämplig på ett bolag. Med avsikt att undanröja detta hinder lades det fram ett utkast till ett fjortonde bolagsdirektiv<sup>72</sup> under 1997 om nationalitetsskifte med bevarad identitet för bolag.<sup>73</sup>

Bakgrunden till det fjortonde bolagsdirektivet är att alla hinder för att kunna uppnå fri inre marknad skall undanröjas. Den fria etableringsrätten skall kunna utnyttjas av alla bolag inom den Europeiska Unionen, vare sig de existerar i ett land som tillämpar sätes- eller inkorporationsprincipen. Många medlemsstater oroar sig för att fri rörlighet kommer att resultera i att de nationella lagstiftningarna kringgås. Det är orsaken till att en lång rad av medlemsstater håller kvar vid sätesprincipen som förhindrar bolag primär etableringsrätt, något som är en allvarlig inskränkning av etableringsfriheten och dess realisering. Med ett direktiv inom området skulle nationalitetsskiften av bolag kunna ske med bevarad identitet för

---

<sup>70</sup> Artikel 5, st.3 EG-fördraget

<sup>71</sup> Steiner J. och Woods L., 2000, s.42

<sup>72</sup> Dok. XV/6002/97-EN

<sup>73</sup> Skog R., NTS 2001:3, s.340

bolagen. Detta skulle vara en nyhet inom många länders lagstiftningar eftersom få tillåter nationalitetsskiften med bevarad identitet.<sup>74</sup>

Före Daily Mail avgörandet var problem med bevarad identitet vid nationalitetsskifte inte uppmärksammat av Kommissionen i någon större utsträckning. Det nuvarande utkastet till bolagsdirektiv har dock föregåtts av två alternativa förslag framtagna av företaget KPMG på uppdrag av Kommissionen. I det första alternativet skulle alla medlemsstater använda sig av inkorporationsprincipen. Bolaget skulle därmed bevara sin juridiska identitet och fortfarande styras av lagstiftningen i ursprungslandet. Det andra alternativet grundas på sätesprincipen som tillsammans med vissa formkrav, skulle ge en möjlighet för bolag att företa identitetsbevarande nationalitetsskiften.<sup>75</sup>

Utkastet till ett fjortonde bolagsdirektiv handlar om att ett bolag som hör hemma i en medlemsstat skall, med bibehållen rättssubjektivitet, kunna flytta sitt säte till en annan medlemsstat i syfte att underkasta sig denna medlemsstats bolagsrättsliga lagstiftning. Flytten skall kunna ske utan att likvidation sker i ursprungslandet och utan att nybildning krävs i mottagarlandet. Enligt utkastet tillämpas fortfarande ursprungslandets lag på det flyttande bolaget, vilket innebär att det inte blir någon skillnad för de stater som använder sig av inkorporationsprincipen.<sup>76</sup>

Utkastet i sig är inte en harmonisering av medlemsstaternas lagstiftningar. Det betyder att medlemsstater som använder sig av sätesprincipen även i fortsättningen kan ställa krav på att bolagen som vill flytta dit också skall flytta sitt faktiska säte till staten i fråga. Utkastet berör heller inte frågan om möjligheterna för ett bolag att förlägga sitt faktiska säte i ett land som tillämpar sätesprincipen, medan bolaget står under lagstiftningen av en medlemsstat som använder inkorporationsprincipen. Eftersom det framgår klart i utkastet, menar Mette Neville och Karsten Engsig Sørensen, att det inte är fråga om någon harmonisering, utan att det därmed även i fortsättningen kommer att vara tillåtet att använda sig av sätesprincipen. Detta skulle enligt utkastet inkludera både ursprungs- och mottagarstater, vilka tillämpar sätesprincipen. Dock tas inte några konsekvenser av detta upp, något som skulle ha underlättat utvecklingen.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Neville M. och Engsig Sørensen K., NTS 1999:1, s.37f

<sup>75</sup> Ibid, s.42f

<sup>76</sup> Ibid, s.37f, 43f

<sup>77</sup> Ibid, s.43f

Utkastet till det fjortonde bolagsdirektivet är inte uttömmande om vilka bolagsformer som omfattas, men troligen bör den närmsta bolagsformen i mottagarlandet att användas. Bolag som är försatta i konkurs eller i likvidation får inte företa nationalitetsskifte enligt utkastet.<sup>78</sup>

En orsak till att harmonisering inte har skett än så länge kan vara subsidiaritetsprincipen, som stadgar att harmonisering endast skall ske på det plan där gemenskapsmålen kan uppnås effektivast. Hittills har Kommissionen överlämnat fullgörandet av dessa mål till medlemsstaterna själva, men detta är även en konstitutionell fråga inom EU.

Det fjortonde bolagsdirektivet har hög prioritet på kommissionens agenda, men har samtidigt komplicerats av de senaste årens rättspraxis från EG-domstolen, däribland Centros domen. Relativt nya domar som Überseering kan också vara en orsak för att direktivet ännu är på utkastnivå, då direktivet inte bör stå i strid med EG-domstolens praxis inom området. Rolf Skog menar att det sannolikt kan dröja ytterligare några mål från EG-domstolen innan vi kan få se något direktivförslag presenteras.<sup>79</sup>

Verksamhetsflyttningar inom den Europeiska Unionen har generellt sett ansetts som något positivt. EU-parlamentet har från sin sida dock påpekat att det också kan innebära negativa konsekvenser. Det kan främst handla om socialekonomiska problem i regioner som bolaget i fråga skall flytta ifrån. Det finns både för- och nackdelar, men de allmänna målen inom Unionen strävar efter en fri inre marknad, som kräver att alla hinder mot etableringsfriheten avlägsnas.

### **5.2.1 Nationalitetsskiftets genomförande enligt det fjortonde bolagsdirektivet**

För att flytta ett säte måste ett förslag till stämmobeslut utarbetas av bolagets ledningsorgan. Förslaget måste innehålla:

- Vart bolaget skall inregistreras

---

<sup>78</sup> Neville M. och Engsig Sørensen K., NTS 1999:1, s.45f

<sup>79</sup> Skog R., NTS 2001:3, s.340f

- Bolagsordning som anpassats till mottagarstatens lagstiftning
- Tidsplan för flyttningen
- Om arbetstagarrepresentanter ingår i ledningsorganet skall riktlinjer finnas i förslaget för hur en sådan organisation med arbetstagarrepresentanter skall se ut efter flyttningen till mottagarstaten

Förslaget skall registreras och offentliggöras. Bolagsledningen skall skriftligt redogöra för legala och ekonomiska följder för aktieägare och anställda med anledning av flyttningen, vilket skall ske minst en månad före bolagsstämman för att sedan delge aktieägare, borgenärer och arbetstagare. Beslut om nationalitetsskifte skall tas av bolagsstämman med två tredjedels beslut tidigast två månader efter offentliggörandet. Det fjortonde bolagsdirektivet ger alltså ett visst skydd till minoritetsägare som motsätter sig ett nationalitetsskifte.

30 dagar efter det att beslutet om nationalitetsskifte har tagits på bolagsstämman skall registrering ske i mottagarstaten och därefter ett offentliggörande, vilket därmed medför att den nya statens lagstiftning är tillämplig, även i förhållande till tredje man.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Neville M. och Engsig Sørensen K., NTS 1999:1, s.47f,

## 6 Sammanfattning

Inom den Europeiska Unionen tillämpas två olika principer för vilken rättsordning ett bolag skall vara knutet till. Det två principerna kan likställas med medborgarskapets roll för oss fysiska personer och hur detta används för att bestämma vår nationalitet. Den princip vi använder oss av i Sverige kallas för inkorporationsprincipen och tar sin utgångspunkt i den stat där bolaget registrerat sig vid dess bildade. Inkorporationsprincipen innebär att bilandestatens rättsordning tillämpas på bolaget även om detta skulle flytta sitt kontor utomlands. Den andra principen kallas för sätesprincipen, vilken istället är beroende av var det huvudsakliga sätet är beläget. Den tillämpliga rättsordningen för ett bolag är därmed den där sätet finns. Om ett bolag vill flytta sitt säte upphör den tidigare rättsordningen att gälla och istället tar mottagarlandets rättsordning vid.

Den stora fördelen med sätesprincipen är att den skyddar det aktuella landets lagstiftning så att bolag inte kan kringgå eventuella skyddslagar. Det kan vara stränga skyddslagar med hänsyn till anställda, fordringsägare eller minoritetsägare, vilka bolag från en annan rättsordning vill undvika, exempelvis av kostnadsorsaker. Upprätthållandet av protektionistiska åtgärder är möjligt i och med att sätesprincipen är till karaktären en skyddande princip.

En framträdande nackdel med sätesprincipen är att ett nationalitetsskifte kräver likvidation i en ursprungsstat som använder sätesprincipen samt en ombildning vid en inflyttning hos mottagarstaten som använder samma princip. Det innebär att identiteten inte kan behållas, något som i sig är ett hinder mot etableringsfriheten. Att sätesprincipen skyddar borgenärer kan därför ifrågasättas eftersom bolaget i fråga tvingas att upplösas helt vid ett nationalitetsskifte. Borgenärerna underställs då mottagarstatens lagstiftning och kan teoretiskt förlora sina eventuella rättigheter i ordningen gentemot andra borgenärer.

Det finns fyra situationer som kan uppstå vid ett nationalitetsskifte för ett bolag på grund av de kolliderande principerna, sätes- respektive inkorporationsprincipen. Dessa situationer och medföljande konsekvenser kan anses som kärnan till problemet, där det faktum att principerna står i strid med varandra utgör ett hinder för den icke-harmoniserade etableringsrätten inom EU. Två av situationerna fungerar problemfritt, när både ursprungs- och mottagarstaten tillämpar samma princip. Det förvånande är de två andra situationerna, där det antingen blir



två rättsordningar som i teorin kan bli tillämpliga på bolaget efter nationalitetsskiftet, eller att ingen av de två rättsordningarna gör anspråk på att vara tillämplig på bolagets angelägenheter.

EU har än så länge inte utfärdat något direktiv inom området, så i avsaknad av harmonisering är det upp till vart och ett av medlemsstaterna att själva bestämma vilken princip av de två som landet skall tillämpa. Det finns dock ett utkast till ett direktivförslag som handlar om nationalitetsskifte för bolag med möjlighet till bevarad identitet. Detta direktiv har blivit mycket omdiskuterat, men alltjämt saknas beslut om förslag eller färdigt direktiv i frågan.

Inom samma rättsområde finns tre domar från EG-domstolen att ta hänsyn till. Praxisen från EU:s domstol är av stor betydelse. I den första domen i målet *Daily Mail*, handlade fallet om ett bolag som ville flytta sitt säte mellan två olika medlemsstater som båda använde sig av inkorporationsprincipen. Det var det brittiska bolaget *Daily Mail* som ville få det fastställt att det inte förelåg någon skyldighet att få tillstånd enligt den brittiska skattemyndigheten för en flytt av sätet till Nederländerna. Domstolen kom fram till att någon sådan ovillkorlig rätt inte förelåg enligt etableringsrätten, utan att varje bolag existerar i kraft av de olika nationella lagstiftningarna som reglerar bildande av bolag. Om den brittiska lagstiftningen stadgade att ett tillstånd först skall inhämtas, kan det inte anses strida mot EG-rätten. EG-domstolen fastslog att de aktuella artiklarna i Fördraget inte kan tolkas så att de ger en ovillkorlig etableringsrätt. En skatterättslig reglering kan inte anses utgöra ett hinder mot samma etableringsrätt. Domstolen manar till harmonisering och lösningar genom mellanstatliga avtal, men trots att frågan om principerna togs upp i domen, är inte frågan avgjord om vilken princip som skall gälla över den andra.

Drygt ett decennium senare kom domen i målet *Centros*, som handlade om ett bolag som bildats i Storbritannien, men inte utövade näringsverksamhet där. Istället ansökte bolaget om att få öppna en filial i Danmark där all verksamhet avsågs utövas. De danska myndigheterna menade att orsaken var att kringgå de danska reglerna om tillskjutet aktiekapital. Tolkningsfrågan till EG-domstolen rörde sig om man tvungen att tillåta en sådan sekundär etablering i staten, när det samtidigt ansågs vara missbruk av regler genom att undvika stadgandet om tillskjutet aktiekapital. Domstolen kom fram till i sin dom att detta inte var att betrakta som missbruk av etableringsfriheten och att alla bolag, oavsett hemvist, hade rätt till sekundär etablering i en annan medlemsstat. EG-domstolen påpekar att det faktum att bolagsrätten inte är helt harmoniserad inom området knappast skulle spela någon roll.

Problematiken kring de kolliderande principerna togs exempelvis inte upp alls, vilket kan bero på att domstolen inte är tvungen att meddela en eventuell ändring i sin egen praxis. Sätessprincipens skyddande betydelse blev i alla fall inskränkt genom att stater nu var tvungna att acceptera sekundäretableringar trots att ingen näringsverksamhet utövas i landet där primäretableringen är beläget och registrerat.

Ytterligare tre år senare avkunnades dom i målet *Überseering* som handlade om ett nederländskt bolag som hade köpts upp av tyska medborgare och därmed genom tysk rätt ansetts ha sitt säte i landet. När *Überseering* framställde en talan mot NCC om ersättning för fel i arbete på fastighet, avslogs talan med hänvisning till att *Überseering* enligt tysk rätt inte hade någon partsbehörighet. Enligt tysk rätt ansågs sätet finnas i Tyskland och som ”nyinflyttat” bolag måste det ombildas enligt tysk rätt för att få rättskapacitet och därmed partsbehörighet. Nederländerna använder sig av inkorporationsprincipen och enligt nederländsk rätt har bolaget *Überseering* fortfarande rättskapacitet och partsbehörighet som ett nederländskt bolag. EG-domstolen fastslog att kravet enligt tysk rätt på ombildning inte stod i överensstämmelse med den gemenskapliga etableringsrätten. Alla medlemsstater är skyldiga enligt EG-rätten att erkänna den rättskapacitet och därmed även den partsbehörighet som bolaget har enligt den stat vars rättsordning det bildats i enlighet med.

Domen *Überseering* medför konsekvensen att bolag som är bildade i medlemsstater, som omfattas av inkorporationsprincipen, har fått möjlighet att flytta sitt faktiska säte till medlemsstater som tillämpar sätessprincipen, utan att dessa medlemsstater kan underlåta att erkänna deras rättskapacitet. Det blir därmed inte lika stor effekt av domen i målet *Überseering* för alla medlemsstater, utan främst bara dem som använder sig av inkorporationsprincipen. Domen har till följd att ett skyddande system som genom en protektionistisk anda vill stärka skyddsregler kring anställda, fordringsägare och minoritetsägare, nu luckras upp. Om ett företag nu istället kan verka i en medlemsstat, men inte behöver underkasta sig den stränga skyddslagstiftningen, kan hela den protektionistiska tanken vara försvagad.

Regleringskonkurrens är ett fenomen där stater konkurrerar med varandra genom dess lagstiftning, något som blivit mer aktuellt med en globalare värld. Det kan handla om produktnormer eller produktionssätt, där den sistnämnda är den form som blir viktig ifråga

om lagstiftning inom bolagsrätt. Regleringskonkurrensen kan medföra ett "race to the top" eller ett "race to the bottom" genom förändringar i lagstiftningar och regler.

Inom området för bolagsrätt är det främst Delaware-effekten som blir intressant. Delstaterna i USA stiftar sina egna lagar inom bolagsrätt och tillämpar alla inkorporationsprincipen. Begreppet Delaware-effekten syftar till utvecklingen inom den bolagsrättsliga lagstiftningen i USA och den konkurrens mellan delstater för att attrahera bolag att registrera sig i just sin delstat som uppstått. Effekten menas vara en neråtgående trend avseende reglerna med enda avsikt att locka till sig flest bolag, vilket i sin tur genererar pengar genom skatter och avgifter. Skyddsregler för utsatta grupper likt minoritetsägare eller anställda försvagas, något som kan ses som en olycklig utveckling. Regleringskonkurrens innebär att bolagen kan välja vart de mest fördelaktiga lagstiftningarna finns och regleringskonkurrens kallas därmed även för "forum shopping".

Debatten i juridisk doktrin har efter domarna i Centros och Überseering behandlat frågan om huruvida någon av EU:s medlemsstater kan utvecklas till ett "Europas Delaware" eller inte. Frågan tas även upp om det i så fall måste innebära en negativ utveckling, eller om det kan medföra fördelar. Sättesprincipen sätts till viss del åt sidan av de två rättsfallen och därmed även den protektionistiska anda som principen kan stå för. Skyddsvärda intressen blir inte lika lätta att skydda eftersom bolag inom medlemsstatens gränser inte behöver lyda under dess lagstiftning.

En betydelsefull fråga för en eventuell regleringskonkurrens och "forum shopping" är EU:s framtid. Det är i dess nuvarande form en mellanstatlig organisation, men planer finns på att fördjupa samarbetet där vi i dagsläget inte vet hur djupt. Konkurrensen mellan lagstiftningar inom Unionen kan exempelvis inte existera om området harmoniseras på en gemenskapsrättslig nivå. Harmonisering av just bolag vid nationalitetsskiftet har varit en het fråga och än så länge finns bara ett utkast till ett direktivförslag inom ämnet. Att harmonisera eller inte står i samband med artikel 5 i EG-fördraget om subsidiaritetsprincipen, vilken stadgar att Gemenskapen inte skall utfärda direktiv eller förordningar om syftet med åtgärden bättre kan genomföras på medlemsstatlig nivå. Även en dom från EG-domstolen och dess kompetens skulle kunna förändra rättsläget i frågan om ett "Europas Delaware", något som gjort att rättsfallsavgöranden tas med stor hänsyn.

Amsterdamfördraget som trädde i kraft år 1999 stakade ut riktlinjer för den kommande framtiden främst med en utvidgning av antalet medlemsstater. Medlemsstaternas egen kompetens övergick inom vissa områden till EU:s egna institutioner, något som minskar inslaget av en mellanstatlig organisation och ökar övernationella eller federala inriktningar. De två inriktningarna är även en del i debatten om EU:s framtid där någon av de två tros bli det framtida målet.

## **6.1 Slutsatser och egna kommentarer**

Artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget har under senare tid blivit hett omdebatterade, där frågan om vilken rätt ett bolag skall existera enligt för att omfattas av etableringsrätten. Daily Mail behandlade ursprungsstatens rätt gentemot ett bolag. I domen behandlades inte mottagarstatens rätt överhuvudtaget, vilket gör det svårt att se någon annan utgång än att ett bolags rätt enligt etableringsfriheten är beroende av ursprungsstaten. Även Centros domen tar fasta på ursprungsstaten, när domstolen menar att det föreligger en förbjuden begränsning av etableringsrätten att inte acceptera en sekundär etablering trots avsaknad av näringsverksamhet i det primära etableringslandet. Även Überseering kom fram till att ett bolag inte är beroende av mottagarens lagstiftning för att existera, där den nationella lagstiftningen ansågs strida mot etableringsrätten.

I Daily Mail tog EG-domstolen ställning till ett bolags byte av säte. I Centros tog domstolen enbart ställning till den situation att all näringsverksamhet skulle bedrivas i filialstaten. Det innebär att domen inte alls berörde nationalitetsskiften i dess rätta bemärkelse. Det stadgas inte att det föreligger en rätt att få flytta bolaget mellan två medlemsstater, något som är värt att poängteras. Det är inte någon ovillkorlig rätt att etablera ett bolag i ett annat land i EU som artikel 48 innebär. Tvärtom. Bolaget är hela tiden beroende av bildandestatens eller med andra ord ursprungsstaten, för att åtnjuta några rättigheter enligt fördraget vad gäller etableringsrätten. Vi kan dra slutsatsen efter de båda rättsfallen att ett bolags rätt att flytta till en annan medlemsstat är beroende av den rätt enligt vilken bolaget har bildats.

Überseering domen är dock ingen ändring av tidigare praxis på området. Überseering anses enligt ursprungsstaten existera som ett bolag med primär etablering enligt ursprungsstatens rättsordning. Detta faktum avgör hela målet. Domen från EG-domstolen skall endast anses

bekräfta tidigare domar, eftersom det än en gång stadgas att etableringsrätten tar utgångspunkt i ursprungsstatens rätt. Överseering etablering i en annan medlemsstat skall med denna bakgrund anses som en sekundär etablering, något som domstolen redan i Centros domen stakat ut rättsläget angående. EG-domstolen följer därmed Daily Mail och Centros att ännu en gång gå på ursprungsstatens rätt.

Centros målet handlar om en filiaetablering i Danmark som använder inkorporationsprincipen. Domstolen tar i domen inte upp avvägningen mellan sätes- och inkorporationsprincipen, men kanske gavs målet så pass stor uppmärksamhet, eftersom dansk nationell rätt ledde till samma konsekvenser som om sätesprincipen hade använts. Enligt sätesprincipen hade Centros Ltd nekats erkännande i mottagarstaten med hänvisning till att bolaget måste ombildas enligt mottagarstatens rätt för att få rättskapacitet. Danmark tillämpar dock inkorporationsprincipen, något som med danska myndigheters agerande fick samma effekt som vid en tillämpning av sätesprincipen. Bolaget nekades erkännande av rättskapacitet. Varken konsekvensen av sätesprincipen, något som blev fastslaget i Överseering, eller nekandet av en sekundär etablering i Centros målet ansågs vara förenliga med artiklarna 43 och 48. Därmed frångår inte EG-domstolen sitt fastställande av gällande rätt i Daily Mail där varken sätes- eller inkorporationsprincipen nämns.

En av de alternativa situationerna vid ett bolags nationalitetsskifte är att ursprungsstaten tillämpar sätesprincipen som gör att bolaget anses upplöst vid utflyttningen och mottagarstaten använder inkorporationsprincipen som kräver tillämpning av lagstiftningen i den stat där bolaget har bildats använts. Ingen av de båda staterna gör anspråk på att vara den tillämpliga rättsordningen och bolaget faller mittemellan två lagstiftningar. Man skulle kunna kalla detta för ett bolagsrättsligt vakuum, vilket i en modern rättsstat endast kan betecknas som uppseendeväckande. Ett sådant läge har ännu inte utretts av EG-domstolen i en dom, men i enlighet med rättsfallen i uppsatsen skall ursprungsstatens lagstiftning vara den gällande. I situationen där ursprungsstaten tillämpar sätesprincipen, skulle sätesprincipens konsekvenser vara den gällande rätten, men där principen medför att bolaget likvideras om utflyttning av sätet sker. Därmed existerar fortfarande i teorin risk för ett bolag att hamna i ett vakuum mellan två rättsordningar.

EU har i år haft ett utkast till ett direktiv om nationalitetsskifte med bevarad identitet för bolag liggande i drygt sex år. Jämfört med hur lång tid det kan ta att få igenom andra direktiv, är sex

är inte speciellt lång tid. Det som är viktigt är att frågan är uppe på Unionens agenda genom att ett direktiv trots allt är på väg. En harmonisering av frågor kring nationalitetsskiftet är beroende av att en av de två anknytningsprinciperna väljs och att den används konsekvent av alla medlemsstater. Framtidens frågeställning blir vilken fråga som väger tyngst, om medlemsstaterna prioriterar att upprätthålla skyddet som följer med sätesprincipen eller den fria rörligheten och med den, troligen mer harmoniseringsåtgärder. Jag menar att det i ett sådant val väger över till inkorporationsprincipens fördel.

Det är en politisk balansgång i valet mellan sätes- och inkorporationsprincipen där medlemsstater inte är förtjusta i att behöva byta till den motstående principen mot sin vilja och övertygelse. En teori bland vissa författare, t.ex. Rolf Skog, är att det fjortonde EG-direktivet om frågan låter vänta på sig för att kunna invänta avgöranden från EG-domstolen, där troligen *Überseering* var av stor vikt. EG-domstolens domar för rättspraxis vidare genom sin tolkning av EG-fördraget och kan därmed föra EU:s utveckling framåt i politikernas ställe.

Vilken av principerna som skall gälla över den andra blev inte fastslaget av domstolen i *Daily Mail* men där domstolen uppmanade till en lösning genom harmonisering. Detta kan sägas vara en diplomatisk lösning av EG-domstolen som år 1988 inte ville ta steget fullt ut att själv föra det politiska spelet framåt genom rättspraxisen i ett uttalande. I *Centros* målet år 1997 visade domstolen en större vilja att föra integrationsprocessen vidare. Tiden var en annan än cirka tio år tidigare och politiskt var det inte längre en avlägsen idé med ytterligare integration av medlemsstaterna. En Gemenskap hade blivit en Union. Sätesprincipen behandlades inte uttryckligen i målet, men kan menas sättas åt sidan genom en analogi med utgången i målet. Det fjortonde bolagsdirektivet har hög prioritet på kommissionens agenda, men har samtidigt komplicerats av de senaste årens rättspraxis från EG-domstolen. Relativt nya domar som *Überseering* från år 2002, kan också vara en orsak för att direktivet ännu är på utkastnivå, eftersom direktivet inte bör stå i strid med EG-domstolens praxis inom området. Efter att de tre domarna alla i mer eller mindre utsträckning påverkat praxis i negativ riktning för sätesprincipens tillämpning, kan ett liknande utslag vara att vänta vid en framtida dom eller förslag i frågan. EG-domstolen har därmed undanröjt hinder, som utgörs av sätesprincipens effekter, inför framtiden. Det är i nuläget mer troligt att inkorporationsprincipen kommer att användas i allt större omfattning och att EU, som tidigare i historien, går mot samma riktning som USA vad gäller lagstiftning.

Förutsatt att EU fortsätter en harmonisering inom bolagsrätten vad gäller det fjortonde bolagsdirektivet, blir situationen lite annorlunda för de europeiska länderna än hur det blev för de amerikanska delstaterna. I USA har delstaterna ett gemenskapstänkande bakom sig, vilket inte ännu finns i samma grad inom EU. I Europa har tanken om nationalstaten varit stark i och med Westfaliska freden för snart fyrahundra år sedan. Staterna har värnat om deras unika egenskaper som bland annat kommit ifrån en historia som är ensamt i sitt slag för varje land. Europa talar olika språk, har olika traditioner bakom sig, något som istället är väldigt lika för USA:s delstater. Att Europa går i USA:s fotspår kan vi vid en jämförelse se i lagstiftningsutvecklingen, men frågan huruvida någon av staterna i Europa går mot en ”Delaware-effekt”, är fortfarande inte avgjord. Att en situation skall uppkomma likt den i Delaware är inte trolig, trots att inkorporationsprincipen låter det vara möjligt.

Skulle en liknande Delaware-effekt att uppstå i EU, behöver inte utvecklingen vara negativ. Medlemsstaterna i EU har alla tradition av att vara starka demokratier med en tradition av i stor utsträckning använda sig av olika skyddslagar. Att en konkurrens kan uppstå mellan länder som alla vill attrahera bolag att registrera sig, kan medföra ett ”race to the top” där utvecklingen går uppåt. Det kan ses som en fjäder i hatten att ha starka skyddsregler för intressen man vill värna om, något som också kan få ett gott anseende bland andra internationella aktörer, exempelvis stater och internationella bolag. Kritik har framförts mot EG-domstolen om att ta alltför lättsamt på skyddet av allmänintresset såsom skydd för minoritetsägare och skydd för anställda i Überseering domen, men att samma dom istället kan öppna upp för en sundare konkurrens.

Framtiden är alltid svår att sia om, vilket gör det svårt att ge en framtidsblick om EU:s organisation. Det är en modifierad mellanstatlig organisation där dagslägets femton medlemsstater ibland är splittrade gentemot omvärlden, trots EU:s mål om en enad front. USA är än så länge en mycket större storebror, menar jag. För att kunna konkurrera med USA om makten i världen, utmana USA:s position som den dominerande staten, tror jag att EU måste satsa på enighet bland medlemsstaterna. Att i olika politiska frågor ha skilda ståndpunkter kan ge ett osäkert intryck.

Det globala samhället ökar i betydelse, där nationalstaterna har fått en minskad mening. Både fysiska och juridiska personer organiserar sig på nya sätt, där nationsgränser i allt större utsträckning saknar betydelse. När distansen mellan människor minskar genom det tekniska

framåtskridandet, blir konkurrenterna plötsligt från hela världen. Bolagen inom EU skall i allt större utsträckning konkurrera med bolag från USA och Japan, vilka båda två är ekonomiskt starka makter i världen. Det är viktigt att i detta läge ge EU en möjlighet att ta en bra startplats för denna konkurrens, t.ex. genom en harmonisering av bolagsrätten.

EU behöver en stark ledning, med staterna bakom sig i varje handling. Inom några år tillkommer även nya medlemmar till Unionen, något som ytterligare bekräftar behovet i Europa att få ett kraftfullt ledarskap i framtiden. Det europeiska framtidskonventet diskuterar exempelvis fördelarna med att ha en president för Unionen för att få en stark ledare. EU får en bättre framtid om mer enad organisation sluter upp, där USA kan fungera som förebild. En federation är ett vapen i kampen om att behålla vår välfärdsstandard och att även kunna ta ett större ansvar för de internationella relationerna i världen, som USA under de sista åren ensam har styrt och ställt med. En federation skulle kunna garantera ett bättre klimat för de europeiska bolagen, som därefter kan stå sig, inte bara i Europa, utan i hela världen.

Att EG-domstolen har avkunnat domar till nackdel för sätesprincipen, men i lagom tid för när debatten verkligen börjar ta fart om EU:s framtid, kan vara en slump eller ett led i en strävan efter en europeisk federation. De politiska institutionerna har inte mandat att fatta ett aktivt beslut om en framtida federation, där jag menar, att det av diplomatiska och lobbyingistiska skäl har skjutits över på EG-domstolen. Domstolens praxis är gällande som den absoluta tolkningen av EG-fördraget, som står över de nationella lagarna. Ett politiskt beslut om federation skulle kunna vara betydligt enklare att ta om hinder undanröjdes.

En intressant del i domen *Überseering* är att EG-domstolen tar tillfället i akt att förklara sin dom i *Daily Mail* i förhållande till det aktuella målet. Detta är ytterst ovanligt eftersom EG-domstolen inte har någon som helst skyldighet att informera om en eventuell förändring i sin rättspraxis. Orsaken till uttalandet om domen *Daily Mail* inom ramen för *Überseering* kan förklaras av att det internt inom EU måste ha diskuterats. Domstolen måste därmed ha känt sig manad att förklara en dom, kanske för att det lättare skulle finnas en röd tråd genom de tre domarna ifråga. Sätesprincipen fick stå åt sidan till fördel för inkorperationsprincipen samma princip som federationen USA använder.

I en europeisk union, som bygger på värden som legalitet, proportionalitet och demokrati, är dess domstol ett av de viktigaste medlen för att uppnå sina mål. Domstolen skall se till att



rättvisa skipas och att lagar efterleva. En av de allra viktigaste egenskaperna i en demokratis domstol är att den är fri, oberoende och självständig från de politiska institutionerna. Skulle EG-domstolen aktivt föra den politiska utvecklingen framåt utan att politikerna fattat föregående beslut i ämnet, kan detta riskera att radera allt som byggts upp sedan mer än fyrtio år tillbaka. Domstolens roll, som aktiv eller passiv i politiken, är en känslig fråga. EG-domstolens roll som självständig gentemot det politiska livet är dock en förutsättning för att EU:s framtid överhuvudtaget skall kunna existera.

Jag hoppas och tror på EU:s framtid som en stark makt i världen, som kan påverka till det bättre. De internationella relationerna behöver ses över av fler parter än USA, för vilket EU är en reell och önskvärd kandidat. Att ha ett enat Europa kan ha en negativ klang på grund av historien slag med Andra Världskriget och Hitlers strävan mot ett Tredje Rike, men där jag snarare vill påpeka den historiska vikten till ett enat Europa. Det har i många århundraden funnits konflikter mellan folken i Europa, vilket borde mana till enande för att bevara fred i området. Som ett led i att få ett enat Europa med en europeisk union i botten, är det viktigt att vi får igång den politiska verksamheten i Unionen så att aktiva politiska beslut ligger till grund för en sådan utveckling.

Jag är villig att hålla med om att Überseering domen inte hade någon stor betydelse för bolagsrättens praxis i EU, men att domen istället är av stor vikt rörande EU:s framtid.

## 7 Källförteckning

### Lagar och offentligt tryck

Romfördraget (EG-fördraget)

Maastrichtfördraget (Unionsfördraget)

Amsterdamfördraget

Dok. XV/6002/97-EN

### Rättsfall från EG-domstolen

C-206/94 Paletta, REG 1996, s.I-2357

81/87 (Daily Mail) The Queen v. H.M. Treasury

C-212/97 Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

C-208/00 Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)

### Litteratur

- |                                    |   |
|------------------------------------|---|
| Baylis John och Smith Steve (red.) | <i>The Globalization of World Politics</i> , upplaga 2, Oxford University Press, New York 2001  |
| Cramér Per                         | ”Utgångspunkter för en rättsvetenskaplig studie av fenomenet regleringskonkurrens – om rättslig reglering i ett globaliserat ekonomiskt system”, särtryck ur Lindahl R. och Jännebring B. (red.), <i>Forskning om Europafrågor vid Göteborgs Universitet</i> , Centrum för Europaforskning vid Göteborgs Universitet, Göteborg 2001 |
| Eklund Klas                        | <i>Vår Ekonomi – En introduktion till samhällsekonomin</i> , upplaga 8, Prisma, Stockholm 1999  |
| Engsig Sørensen Karsten            | <i>EF-domstolens fortolkning af selskabsdirektiverne</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret (NTS), 1999:2, s.79-91  |
| Engsig Sørensen Karsten            | <i>Centros Ltd-afgørelsen og dens konsekvenser</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 1999:2, s.92-109   |

Engsig Sørensen Karsten	<i>EF-domstolens senaste praxis om selskabsret: Überseering og hovedsaetdesteorien</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2002:4, s.405-416
Macmillan Education	<i>Macmillan English Dictionary for advanced learners</i> , Bloomsbury Publishing, Kina 2002, s.1431 "subsidiarity"
Nelson Maria	<i>Überseering utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2002:4, s.417-438
Neville Mette och Engsig Sørensen Karsten	<i>Selskabers nationalitetsskifte</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 1999:1, s.37-61
Neville Mette, Winther-Sørensen Niels och Engsig Sørensen Karsten	"Free Movement of Companies under Company Law, Tax Law and EU Law", i Neville Mette och Engsig Sørensen Karsten (red.), <i>The Internationalisation of Companies and Company Laws</i> , DJØF Publishing, Köpenhamn 2001
Roth Wulf-Henning	<i>From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law</i> , Oxford Journal – International and Comparative Law Quarterly, volume 52, Issue 1, January 2003, s.177-208
Shapiro Martin och Stone Sweet Alec	<i>On Law, Politics &amp; Judicialization</i> , Oxford University Press, New York 2002
Skog Rolf	<i>Harmoniseringen av bolags- och börsrätten inom EU – ny vind i seglen</i> , Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2001:3, s.331-351
Steiner Josephine och Woods Lorna	<i>Textbook on EC-law</i> , upplaga 7, Blackstone Press., Hampshire 2000
Søndergaard Birkmose Hanne	"The Fear of the Delaware-effect – The American Demon?", i Neville M. och Engsig Sørensen K. (red.), <i>The Internationalisation of Companies and Company Laws</i> , DJØF Publishing, Köpenhamn 2001

Werlauff Erik

*EC Company Law: the common denominator for business undertakings in 12 states*, Jurist- og Økonomförb., Köpenhamn 1993

### **Internet**

Intervju med Sveriges utrikesminister Anna Lindh, uppdaterad 23 januari 2003, [www.utrikes.regeringen.se/fragor/eu/intervju\\_annalindh\\_2003.htm](http://www.utrikes.regeringen.se/fragor/eu/intervju_annalindh_2003.htm), 2003-08-26